A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUALIFICADORA DO HOMICÍDIO FUNCIONAL TRAZIDA PELO CÓDIGO PENAL EM NÃO EQUIPARAR O FILHO ADOTIVO AO FILHO BIOLÓGICO

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE QUALIFIER OF FUNCTIONAL HOMICIDE BROUGHT BY THE PENAL CODE IN NOT EQUALIZING THE ADOPTED CHILD TO THE BIOLOGICAL CHILD

Gabriel Moreira de Almeida[1]
Mirella Pimentel Passos[2]
Daniel Rosário Magalhães Conceição[3]

RESUMO

No Brasil, com o advento do constitucionalismo, foram constituídas variadas formas de família, sendo certo que vários preceitos de cunho preconceituoso foram extirpados da Constituição. Nesse viés, seguindo o Código Civil, não se faz mais a distinção entre o filho biológico e o filho adotivo. Contudo, a qualificadora do homicídio funcional trazida pelo legislador infraconstitucional para penalizar aquele que comete homicídio contra os agentes de segurança pública ou contra familiares desses agentes, em razão da função, deixou de obedecer a parâmetros constitucionais que vigoram no país. Assim, observa-se divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em que princípios constitucionais, como por exemplo o princípio da igualdade, e princípios penais, como por exemplo o da *analogia in malam partem* e o da legalidade, entram em conflito, resultando em possíveis e evidentes conflitos de normas. Assim, destaca-se que a problemática do presente trabalho perpassa pela inconstitucionalidade trazida pelo legislador infraconstitucional, mais especificadamente no termo "consanguíneo" trazido pela qualificadora do homicídio funcional, conforme art. 121, §2º, inciso VII do Código Penal. Portanto, nesse viés, destaca-se o objetivo primordial do presente trabalho, o qual se perfaz na análise na implicação da inconstitucionalidade da presente norma trazida na palavra "consanguíneo", analisando-se frente a princípios constitucionais e vigentes na lei penal. Nesse ponto, utilizar-se-á como metodologia a posição majoritária da doutrina, possíveis julgados e análise principiológica do sistema jurídico. Por fim, sugere a reformulação da norma

[1] Graduando em Direito pela UNIFTC, domicílio eletrônico: gabrielmoreira10@yahoo.com.br
[1] Graduanda em Direito pela UNIFTC, domicílio eletrônico: mirellapimentelpassos@gmail.com
[1] Professor Orientador da Faculdade de Tecnologias e Ciências – UniFTC. Advogado, bacharel em Direito e Ciências Jurídicas pela Universidade Paulista - UNIP (2006), pós graduado em Direito Urbanístico e Ambiental pela Faculdade de Direito de Sorocaba - FADI (2010), licenciado em História pela Universidade Federal da Bahia - UFBA (2022) e Professor na rede UNIFTC.

em vigência para que inclua os parentes por socioafetividade e trate da inconstitucionalidade presente.

PALAVRAS-CHAVES

Filho biológico, filho adotivo, Constituição Federal, Código Penal, homicídio funcional.

ABSTRACT

In Brazil, with the advent of constitutionalism, various forms of family were established, and the Constitution sought to eliminate prejudiced precepts. In this sense, following the Civil Code, the distinction between biological and adopted children is no longer made. However, the qualifying term for functional homicide introduced by the infra-constitutional legislator to penalize those who commit homicide against public security agents or against family members of these agents, due to their function, no longer complies with the constitutional parameters in force in the country. Thus, there is a divergence in both doctrine and jurisprudence, in which constitutional principles, such as the principle of equality, and criminal principles, such as the principle of analogy in malam partem and the principle of legality, come into conflict, resulting in possible and evident conflicts of norms. Thus, it is highlighted that the problem of this work goes through the unconstitutionality introduced by the infra-constitutional legislator, more specifically in the term “consanguineous” introduced by the qualifying term for functional homicide, according to art. 121, §2, item VII of the Penal Code. Therefore, in this context, the main objective of this work is highlighted, which is to analyze the implication of the unconstitutionality of this rule brought by the word “consanguineous”, analyzing it in light of constitutional principles and current criminal law. At this point, the majority position of the doctrine, possible judgments and principle-based analysis of the legal system will be used as methodology. Finally, it suggests the reformulation of the rule in force to include relatives by affinity and remedy the present unconstitutionality.

KEYWORDS

functional homicide, public security agents, consanguineous, constitutional principles

1. INTRODUÇÃO

Falar em inconstitucionalidade de uma norma pode tomar dois caminhos distintos, mas que chegam ao mesmo resultado: a inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade material, sendo que esta observa o processo legislativo para saber se uma norma cumpriu todos os requisitos obrigatórios para tomar forma, e aquela sobre o conteúdo em si, se tem compatibilidade com a Carta Magna.

O crime de homicídio, sem dúvidas, é um dos que chamam mais atenção no Código Penal, sendo objeto de estudo pelos mais variados criminalistas do Brasil e do Mundo. Nesse sentido, estabelece Rogério Greco:

> De todas as infrações penais, o homicídio é aquele que, efetivamente, desperta mais interesse. O homicídio reúne uma mistura de sentimentos – ódio, rancor, inveja, paixão etc. – que o torna um crime especial, diferente dos demais. Normalmente, quando não estamos diante de criminosos profissionais, o homicida é autor de um único crime do qual, normalmente, se arrepende. (GRECO, 2024, p. 7).

O legislador então decidiu resguardar os familiares daqueles que atuam na linha de frente no combate à criminalidade, trazendo, nesse viés, a qualificadora do homicídio funcional, onde a lei 13.142/15 trouxe a previsão do art. 121, §2º, inciso VII, aduzindo que o agente que pratique o homicídio contra integrantes do sistema prisional ou da força nacional de segurança pública, elencados nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal por razão da sua função ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, responderá por homicídio na sua forma qualificada.

Ademais, na última parte da qualificadora é onde reside a problemática do presente trabalho, haja vista, que o legislador trouxe expressamente o termo “consanguíneo”. Nesse sentido, por um juízo primeiramente lógico, observa-se que o legislador não abarcou os parentes advindos por sociafetividade.

Demais disso, além da interpretação sistemática da norma, ainda que fosse um erro do legislador, essa qualificadora não poderia ganhar um caráter abrangente, pois, vigora no sistema penal brasileiro os princípios da legalidade e vedação a *analogia in malam partem,* trazendo então, nessa perspectiva, conflito aparente entre a Constituição Federal, Código Civil e Código Penal.

Por conseguinte, se faz necessário citar novamente o princípio da legalidade, princípio norteador que foi adotado pela Constituição Federal e pelo Código Penal. Assim, obrigatoriamente, o agente só poderá ser punido por algo que esteja expressamente tipificado em lei. Nesse sentido, observa-se que não poderá ser adotada a interpretação extensiva da norma, de modo que abarque os parentes advindos de laços de afetividade, ante o contrassenso que seria com o princípio citado.

A análise dessa qualificadora vem ganhando grande relevância no sistema jurídico do país, haja vista gerar divergência doutrinária ante o conflito de princípios constitucionais visando a aplicação da norma em um possível caso concreto. Portanto, nessa perspectiva, como não há um entendimento pacífico acerca do tema, visto que também não se é falado na jurisprudência, demonstrada está a pertinência temática do presente trabalho. Portanto, levanta-se a questão-problema central: existe um conflito de princípios constitucionais diante da exclusão dos parentes advindos de socioafetividade, restringindo somente aos parentes consanguíneos, na qualificadora do homicídio funcional?

Então, este trabalho busca contribuir para o entendimento dessas questões, fornecendo uma análise detalhada e abrangente da qualificadora do homicídio funcional e a sua clara inconstitucionalidade, notadamente, no tocante a expressão “consanguíneo”, o que expressamente exclui os parentes advindos de sociafetividade e, sobretudo, o filho adotivo, desse rol. Além disso, será analisado se, em casos concretos, a norma que padece de uma suposta inconstitucionalidade já entrou em conflito com princípios constitucionais, sendo este o ponto fulcral para saber se realmente a qualificadora é compatível com o ordenamento jurídico atual.

Para isso, será observada uma abordagem acadêmica minuciosa, tendo esse estudo o objetivo de lançar luz sobre as complexidades do homicídio funcional e suas implicações legais. Dessa forma, serão analisadas as possíveis resoluções entre a qualificadora em vigência frente a princípios constitucionais do ordenamento jurídico.

Outrossim, este estudo também se propõe a investigar como o sistema legal aborda os casos em que a norma foi aplicada em casos concretos. Além de buscar entender como essas abordagens influenciam no entendimento de uma possível resolução para estabelecer o posicionamento majoritário de tal qualificadora. Esta análise crítica é fundamental para garantir uma uniformização e qual o entendimento a ser adotado pelos operadores do direito.

Portanto, este trabalho representa uma tentativa de fornecer uma visão abrangente e detalhada da problemática e resolução na aplicação de tal qualificadora. Espera-se que esta análise possa servir como um recurso valioso para profissionais do direito, acadêmicos e todos aqueles interessados no tema.

2. MATERIAIS E MÉTODOS

Este projeto de pesquisa tem como objetivo explorar e descrever o problema abordado. A pesquisa é classificada como exploratória, pois busca fornecer critérios e compreensão sobre a situação-problema enfrentada pelo pesquisador, e como descritiva, já que tem como principal propósito descrever determinados aspectos do tema. O estudo se propõe a analisar a inconstitucionalidade do homicídio funcional não equiparar parentes consanguíneos com parentes advindos de socioafetividade, sobretudo na perspectiva do filho adotivo como foco central, como assevera a Constituição Federal e o Código Civil, comparando o que diz a Carta Magna e a legislação infraconstitucional, para que se possa chegar a uma possível resolução para aplicação da qualificadora.

O procedimento técnico adotado neste estudo é de natureza bibliográfica, pois esse tipo de pesquisa é fundamental na área das Ciências Humanas e geralmente constitui o primeiro passo em qualquer pesquisa científica CERVO e BERVIAN, 1996, p.48). A escolha por esse método surgiu da necessidade de estudar e avaliar as possibilidades de implicações para aplicação da qualificadora em casos que os parentes não guardassem laços consanguíneos.

Em relação a este tema, o método de análise de dados mais adequado seria o dedutivo, estudado desde o filosofo Aristóteles com a lógica Aristotélica. Isso porque a pesquisa parte de uma premissa geral – a inconstitucionalidade do homicídio funcional – e a busca de uma solução plausível que dê eficácia na aplicação de tal norma. Outrossim, será utilizada obras jurídicas, o que também reforça a abordagem dedutiva, tendo em vista que os doutrinadores buscam dar sentido ao texto puro da lei, objetivando esclarecer da maior forma possível

Assim, o método dedutivo se mostrar ser o mais eficiente e apropriado para buscar uma possível solução para tal temática, sistematizando os principais aspectos correlacionado ao tema para que se chegue a uma conclusão plausível.

3. REVISÃO DE LITERATURA

3.1 HOMICÍDIO E SEUS ASPECTOS

O homicídio é o crime que inaugura a parte especial do Código Penal, presente no artigo 121, o que reforça ainda mais a importância de repressão de tal delito, inclusive pela sua topografia no Código Penal, o que corrobora com a relevância que o legislador tratou de trazer para tal espécie de delito.

Ademais, cumpre salientar que a vida é um bem jurídico indisponível e inalienável, sendo vedado, inclusive, na legislação pátria, o uso da eutanásia, por exemplo, como um reforço de que qualquer pessoa não poderá dispor da sua própria vida.

Perpassando pelo tipo penal, o legislador tratou de trazer, antes das suas qualificadoras, a figura do homicídio privilegiado, o qual traz uma atenuante para o sujeito ativo quando tal crime for cometido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, onde o juiz poderá diminuir a pena de um sexto a um terço.

Por fim, chegando nas qualificadoras, o legislador tratou de reprimir com maior rigor o homicídio que trouxesse elementos que fugissem ao que é inerente ao tipo penal, onde por exemplo trouxesse um maior grau de crueldade ou por questões inerente ao sujeito passivo, como por exemplo, o homicídio funcional, o qual é objeto de estudo do presente trabalho, trazendo uma reprimenda maior para o agente que pratique o homicídio em razão da função pública do sujeito passivo, desde que figure entre os agentes de segurança pública elencados no art. 142 e 144 da Constituição Federal.

3.2 HOMICÍDIO FUNCIONAL

Incluída no ano de 2015 pela lei 13.142, a presente qualificadora foi trazida pelo legislador com o condão de trazer uma maior segurança para os agentes de segurança pública, onde subentende-se que estes agentes necessitam de uma proteção maior. Seria um parâmetro que trouxesse uma segurança concreta e efetiva para os agentes que atuam de frente no combate à criminalidade, tanto pelo caráter preventivo (com o aumento da pena, desestimularia o agente a cometer tal fato) e o caráter repressivo (efetivamente cometido o crime, aumenta-se a pena em razão da qualificadora). Nesse sentido, Masson (2018, p. 79) leciona que:

> **O fundamento da qualificadora repousa na maior gravidade da conduta criminosa, atentatória da estrutura do Estado Democrático de Direito e**

> **causadora de temor acentuado às pessoas em geral.** De fato, o homicídio cometido contra funcionários públicos que atuam na linha de frente do combate à criminalidade provoca pânico na sociedade e nítida sensação de insegurança pública. Se não bastasse, um crime dessa estirpe, na maioria das vezes, tem como responsáveis os integrantes de estruturas ilícitas de poder, notadamente as organizações criminosas. (grifo nosso)

Ademais, cumpre ressaltar que o legislador não visou assegurar apenas os agentes de segurança pública, mas também os seus familiares, dispondo a presente qualificadora que aquele que praticar o crime contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão da função do agente de segurança pública, também incidirá na qualificadora do homicídio funcional.

Em sentido contrário, levanta-se a discussão de que se tal qualificadora está destoando o princípio da igualdade, haja vista, em tese, poderia se discutir de que a vida de alguns vales mais do que a de outros, entretanto, não é o que se verifica, pois, a qualificadora do homicídio funcional tem o condão de resguardar a vida daqueles que atuam na linha de frente à criminalidade, não trazendo tal previsão uma preferência ou desigualdade, haja vista que aquele profissional da segurança pública corre um risco mais evidente do que uma pessoa que não atua frente à criminalidade, não se configurando uma violação ao princípio da igualdade. Nesse sentido, aduz Nucci (2017, p. 623 e 624):

> O crescimento visível do crime organizado e seus atentados contra agentes policiais, além de outros, fizeram com que houvesse o acréscimo desta qualificadora ao homicídio (Lei 13.142/2015). Haveria desigualdade nessa previsão? A vida do agente estatal é mais relevante do que outras vidas humanas? As respostas são negativas. Trata-se desigualmente os desiguais, como se fez na inclusão do feminicídio, consagrando-se o princípio da isonomia. Quem coloca a segurança pessoal em risco, porque exerce função específica para garantia da paz social, deve merecer maior respeito, visto representar a própria figura do Estado. Há situações similares – de aumentos de pena – em outros países, quando policiais são agredidos por criminosos.

Demais disso, por uma questão de isonomia, doutrinadores sustentam que a qualificadora deveria ser ampliada para além daqueles elencados no art. 142 e 144 da Constituição Federal, nesse sentido assevera Francisco Dirceu Barros:

> Perceba que o legislador logo após o uso da terminologia “autoridade” usa a frase “OU” agente descrito nos artigos 142 (Forças Armadas) e 144 (Policiais) da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, ou seja, todos são “autoridades”, “integrantes” “agentes” do sistema e de segurança pública. Portanto, podem ser agentes

> passivos do homicídio funcional, os Ministros do STF, membros dos Tribunais Superiores, Desembargadores dos Tribunais de Justiça, Magistrados federais e estaduais, membros do Ministério Público da União e Membros dos Ministérios Públicos dos Estados quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, e seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. b) Agentes da Marinha, Exército e Aeronáutica quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos companheiros ou cônjuges, parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. c) Integrantes da polícia federal, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. d) Integrantes da polícia rodoviária federal, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. e) Integrantes da polícia ferroviária federal, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. f) Integrantes da polícia civil, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos companheiros ou cônjuges, parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. g) Integrantes da polícia militar e corpos de bombeiros militares, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. h) Integrantes do sistema prisional, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime. i) Integrantes da Força Nacional de Segurança Pública, quando foram vítimas no exercício da função ou em decorrência dela, ou seus respectivos companheiros ou cônjuges, parentes consanguíneos até terceiro grau, em razão da motivação funcional do crime (BARROS, 2015, p. 04).

Assim, o homicídio funcional deve ser interpretado como uma maneira de se preservar aqueles que atuam em defesa da ordem pública, como bem assevera Greco “homicídio funcional representa uma forma de tutela penal diferenciada, onde se busca preservar a vida daqueles que atuam na defesa e manutenção da ordem pública, em razão da atividade desempenhada” (Greco, 2023).

No entanto, como pressupõe o tema do presente trabalho, o legislador não acrescentou ao rol daqueles que seriam efetivamente protegidos pela norma, aqueles parentes advindos por afetividade ou afinidade, sobretudo, o filho adotivo de um dos agentes de segurança pública elencados no art. 142 e 144 da CRFB/88.

3.3 O FILHO ADOTIVO NA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

O princípio da igualdade trouxe uma maior abrangência ao conceito de família, então, família que era amplamente reconhecida pela união de um homem e uma mulher que se uniam com a intenção de constituírem uma vida afetiva, passou a ter diversas ramificações, dentre elas, a família afetiva.

A família afetiva reconhece os laços advindos de relações de afeto, não se baseando estritamente em consaguinidade. Assim, pode-se citar, por exemplo, a paternidade socioafetiva. O pai que preenche os requisitos, onde se reconhece como pai socioafetivo e que demonstre amor, carinho, afeto e contribua com a subsistência da criança, detém a posição de pai/mãe socioafetivo(a). Em vista disso, preconiza Lôbo:

> Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos. (Lôbo, 2008)

Assim, a Constituição Federal tratou de extirpar paradigmas preconceituosos no seio social, como se observava tais jargões: “o filho adotivo não tem direito a nada”, ou então: “o filho biológico tem mais direito do que o filho adotivo”. Assim, preconizando pela igualdade, a Constituição Cidadã incorporou, acertadamente, que não há distinção entre a família por laços consanguíneos de outros conceitos de família. Nesse sentido, preceitua Maria Berenice Dias (2016, p. 639): “O parentesco decorre das relações conjugais, de companheirismo e de filiação, maternal ou paternal. Pode ser natural, biológico, civil, adotivo, por afinidade, em linha reta ou colateral”.

Ademais, Maria Helena Diniz (2008), trazendo a perspectiva da filiação adotiva, estabelece que esta se perfaz por parentesco, consanguinidade e de outra origem estabelecida. Portanto, assevera:

> Família no sentido amplíssimo seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade. Já a acepção *lato sensu* do vocábulo refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro). Por fim, o sentido restrito restringe a família à comunidade formada pelos pais (matrimônio ou união estável) e a da filiação (DINIZ, 2008, p.9):

Nesse mesmo sentido da Carta Magna, o Código Civil, seguindo o que a legislação de maior hierarquia estabeleceu, no seu artigo 1.593, reafirmou que o parentesco pode ser natural ou civil, resultando de consanguinidade ou outra origem. Assim, diz o art. 1.593 do Código Civil: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. (BRASIL, 2002).

Por conseguinte, observa-se que a legislação civil seguiu o parâmetro estabelecido na Carta Magna em não fazer distinção entre o parentesco consanguíneo ou das suas demais origens. Ademais, trazendo para o parâmetro de filiação e o tema do presente projeto, observa-se que, pela legislação civil, aquele que fosse vitimado, seja parente consanguíneo ou por socioafetividade até terceiro grau, seria, em tese, protegido pela qualificadora do homicídio funcional, ensejando a observância do caráter preventivo – o agente sabe que a pena dele será maior, no caso, de 12 a 30 anos – ou no caráter repressivo – efetivamente cometido o crime, o agente terá sua pena arbitrada de 12 a 30 anos -. No entanto, não é o que se observa na realidade fática, haja vista, aqueles que integram a família por laços diversos da consanguinidade não será abarcado pela norma, até os dias atuais, pois, a qualificadora ainda está em vigência e sendo aplicada como foi incorporada no Código Penal.

3.4 IMPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ANALOGIA *IN MALAM PARTE* NO HOMICÍDIO FUNCIONAL

Vigora no Brasil princípios que norteiam a legislação penal, dentre eles, um dos mais importantes é o princípio da legalidade, o qual estabelece parâmetros para que se possa punir aquele agente que pratique o fato típico, ilícito e culpável. Nesse sentido, como a materialização de tal princípio, é possível observar na Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XXXIX, e no Código Penal, no seu artigo 1º, o qual diz: “Não há crime sem lei anterior que a defina. Não há pena sem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940, art. 1º e BRASIL, 1988, art. 5º, inciso XXXIX).

Por conseguinte, tal princípio tem um grau bastante elevado por resguardar o indivíduo contra as barbáries quem poderiam ser cometidas, e outrora foram, pelo Estado, resguardando então o Estado Democrático de Direito, evitando-se assim que

o indivíduo seja punido por algo que a legislação não preveja. Nesse sentido, Rogério Greco assevera:

> Estado de direito e princípio da legalidade são dois conceitos intimamente relacionados, pois num verdadeiro Estado de Direito, criado com a função de retirar o poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei. (Greco, 2015, p. 143).

Ademais, é necessário fazer a distinção entre o princípio da legalidade penal e o princípio da legalidade administrativa, onde este estabelece que ninguém pode ser punido por algo que não esteja expresso na lei, permitindo fazer tudo aquilo que não esteja em desacordo com a legislação; e aquele estabelece que o agente público só pode agir dentro do que está estabelecido na legislação, vedando ao administrador público agir fora do que esteja positivado na lei.

Portanto, trazendo para um viés prático, grande parte da doutrina defende que seria inaplicável a qualificadora do homicídio funcional quando, por exemplo, se fosse vitimado o filho adotivo de um dos agentes de segurança pública em razão da sua função. Essa explicação advém de que a norma penal estabeleceu claramente o termo “consanguíneo” abarcando então só aqueles familiares que tenham laços de sangue com o sujeito passivo. Assim, nas palavras de Bittencourt:

> A qualificadora do homicídio funcional pode ser tida como inconstitucional, pois, ao estabelecer uma proteção penal diferenciada sem critérios objetivos e claros, viola o princípio da legalidade. A falta de precisão normativa quanto aos limites e à aplicação dessa qualificadora pode levar a uma insegurança jurídica, contrariando o preceito de que as normas penais devem ser claras, certas e previsíveis. (BITENCOURT, 2022).

Lado outro, porém, no mesmo sentido, observa-se o princípio da analogia *in malam partem*, a qual também causa grandes implicações para qualificadora em um viés onde a norma pudesse ser equiparada para os familiares que não fossem de laços sanguíneos, mas sim afetivos.

Tal princípio tem o condão de sanar omissões na lei. Contudo, existe a vedação no Direito Penal, que diz que a norma penal não poderá ser usada em analogia para prejudicar o réu. Assim, trazendo o princípio frente ao tema do presente trabalho, observa-se que a norma penal não poderá ser equiparada para resguardar os parentes por socioafetividade, como o filho adotivo do agente de segurança pública,

pois, evidentemente, irá majorar a pena do réu, sendo interpretada em prejuízo. Nesse mesmo sentido, Luiz Régis Prado aduz:

> A aplicação da analogia in malam partem no âmbito do homicídio funcional representaria uma violação frontal ao princípio da legalidade, pois permitiria a extensão punitiva de uma norma penal a casos não expressamente previstos em lei. Tal prática afronta a garantia de que nenhuma conduta pode ser criminalizada ou agravada sem previsão legal clara e específica, sendo inadmissível em um Estado de Direito. (PRADO, 2021).

Nesse sentido, os dois princípios apontam evidentes implicações para a aplicação da norma em benefício da família por socioafetividade, em especial, o filho adotivo do agente de segurança pública. Nesse viés, já se observa uma patente inconstitucionalidade de tal norma, haja vista a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, não fazem qualquer distinção entre o filho adotivo e o filho biológico, tratando os dois de igual maneira para qualquer fim legal.

3.5 INCONSTITUCIONALIDADE DO HOMICÍDIO FUNCIONAL

Perpassando por tudo discorrido até aqui, conjuntamente com a análise dos princípios da legalidade, analogia in malam partem e estritamente o que diz o tipo penal da qualificadora do homicídio funcional, percebe-se, evidentemente, que a qualificadora padece de inconstitucionalidade.

Analisando estritamente o tipo, observa-se o termo “consanguíneo”, concluindo, obviamente, por uma análise lógica-dedutiva, que o legislador optou por deixar de fora os parentes advindos por socioafetividade, sobretudo os filhos adotivos, o qual implica na maior evidência da inconstitucionalidade da norma. Dessa forma, assevera Rogério Greco:

> Não há consanguinidade, ou seja, relação de sangue, que permita o reconhecimento de um tronco comum com relação ao filho adotivo. Dessa forma, infelizmente, se o homicídio for praticado contra o filho adotivo de um policial, em razão dessa condição, não poderemos aplicar a qualificadora do inc. VII do § 2.º do art. 121 do CP, tendo em vista que, caso assim fizéssemos, estaríamos utilizando a chamada analogia in malam partem. (GRECO, 2015, p. 6).

Com observância do art. 227, §6º da Constituição Federal, observa-se que a Carta Magna se encontra em sentido diametralmente oposto com o que diz a norma penal infraconstitucional. Aduz o referido artigo: Art. 227 [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

Portanto, observando o sentido extensivo da norma, é possível afirmar que o constituinte originário tratou de extirpar qualquer distinção do filho adotivo para o filho biológico, estando os dois em pé de igualdade em direitos e quaisquer obrigações. Nesse mesmo sentido, Aduz Flávio Tartuce:

> Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos, os filhos socioafetivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões filho adulterino ou filho incestuoso que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões filho espúrio ou filho bastardo, comuns em passado não tão remoto. (TARTUCE, 2022, p. 37).

Destarte, poder-se-ia dizer que a norma penal em um eventual caso concreto poderia se valer de uma interpretação extensiva, contudo, há de se ponderar os princípios que já foram discorridos no presente trabalho, como o princípio da legalidade e o da analogia *in malam partem,* vedam expressamente a extensão interpretativa para abarcar coisas não trazida pelo legislador no tipo penal.

Nesse sentido, observa-se que há uma implicação da norma para que seja estendido para os parentes advindos de socioafetividade, sobretudo os filhos adotivos, isso porque, conforme o princípio da legalidade, o agente não pode ser punido sem que a lei penal traga uma previsão **expressa**. Ademais, equiparar o filho adotivo ao filho biológico no julgamento de um caso concreto, implicaria também na analogia ***in malam partem***, ou seja, a analogia seria prejudicial ao réu, pois atribuiria a ele a qualificadora do homicídio funcional, agravando então sua pena.

Lado outro, observa-se também a violação do princípio da igualdade, previsto também pela Constituição Federal, haja vista estabelecer que todos são iguais perante a lei. Ademais, é notório que os parentes por socioafetividade, em especial o

filho adotivo, não se encontra em pé de igualdade com os parentes “consanguíneos”. Por conseguinte, a título de exemplo, aquele agente criminoso que viesse a vitimar o filho adotivo de um policial militar, em razão da sua função, responderia tão somente pelo homicídio simples, desde que não incidisse em outras qualificadoras, deixando claro o notório desrespeito ao princípio da igualdade. Nesse sentido, preconiza Ana Peixoto e Igor Barbosa:

> (...) levando em consideração a igualdade entre os filhos, não é possível diferenciá-los, da mesma forma, nas situações de homicídio funcional. Isso porque seria inconstitucional o fato de o crime praticado contra filho natural ser considerado homicídio qualificado e o crime praticado contra filho adotivo ser considerado homicídio comum.

Nesse sentido, o órgão julgador competente para sanar tal inconstitucionalidade é o Supremo Tribunal Federal por meio do controle de constitucionalidade, ou, partindo de outro ponto, o legislativo poderia alterar a norma ou ampliá-la, de tal forma que só valeria para casos futuros. Assim tal correção teria o objetivo de que norma seja interpretada conforme preceitua a Constituição Federal. No entanto, até o presente momento deste trabalho, há uma inércia do judiciário e do legislativo, permanecendo a norma em plena vigência e sendo interpretada de forma literal, indo em direção oposta à Constituição Federal.

Por fim, cabe destacar que o judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, pode declarar a norma inconstitucional em parte para que esta seja interpretada conforme a constituição, para que a norma abranja não só os parentes consanguíneos, mas também os advindos de socioafetividade, sobretudo o filho adotivo. Nesse sentido, assevera Moraes:

> Interpretação conforme sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade: nesses casos, o Supremo Tribunal Federal excluirá da norma impugnada determinada interpretação incompatível com a Constituição Federal, ou seja, será reduzido o alcance valorativo da norma impugnada, adequando-a à Carta Magna. (Moraes, 2018, p. 1.032).

Assim, a declaração de inconstitucionalidade da norma seria apenas para suprimir o termo “consanguíneo” e, por conseguinte, ser interpretada conforme a Constituição abarcando os familiares advindos por socioafetividade sem suprimir o restante do texto.

Por fim, observa-se de maneira clara que a presente qualificadora, que ainda vigora no ordenamento jurídico, é inconstitucional, indo de encontro expressamente com o que preconiza a Constituição Federal, trazendo então uma clara distinção para pessoas que deveriam estar em pé de igualdade.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

A qualificadora do homicídio funcional veio de uma política criminal com o condão de dar uma maior efetividade à proteção a vida daqueles que atuam na linha de frente contra a criminalidade, ou seja, os agentes elencados nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal de 1988.

Em igual sentido, com o surgimento de uma visão mais humana do Direito de Família, onde o Direito Civil passou por uma constitucionalização, passou-se a se observar as diversas formas de família, sendo abandonado aquele sentido estrito, que estabelecia que família somente seria aquele que guardasse o vínculo sanguíneo, passando a abarcar também aqueles que se vinculavam por intermédio da socioafetividade.

Sob esse prisma, passou-se a se observar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, sendo uma vitória imensa do Direito de Família, onde conseguiu extirpar preceitos discriminatórios que estabeleciam que o filho adotivo não era sujeito de direito em pé de igualdade com o filho biológico, garantindo os mesmos direitos em todas as áreas para os filhos advindos da socioafetividade.

Observando a qualificadora aqui estudada, com objetivo de resguardar a vida dos agentes da segurança pública, a presente qualificadora buscou também abarcar os parentes consanguíneos dos agentes supracitados, colocando em pé de igualdade o agente e seus parentes consanguíneos até terceiro grau, não importando se o sujeito passivo cometeu o crime contra o agente de segurança pública ou contra seu parente, se cometido em razão da função, o sujeito ativo responderá por homicídio qualificado.

Contudo, apesar do viés de proteção aos agentes que atuam frente à segurança pública, a norma padece de inconstitucionalidade, haja vista o termo “consanguíneo”, trazendo então a proteção somente para aqueles que guardam

vínculos sanguíneos. Em sentido diametralmente oposto, atualmente, após o advento do constitucionalismo, família não se restringe a tão somente só a laços sanguíneos.

Assim, soa injustificável o termo “consanguíneo” posto no art. 121, §2º, inciso VII, pois, além de toda justificativa de que família hoje não se restringe apenas a relações sanguíneas, observa-se também, em um eventual caso concreto, caso um filho adotivo, por exemplo, fosse vitimado em razão da função profissional do seu pai, o sofrimento do agente seria o mesmo, haja vista se tratar de um filho. Nesse viés, a restrição trazida pela lei 13.142/15, que incorporou no Código Penal a qualificadora do homicídio funcional, vai diametralmente em direção oposta com a Constituição Federal e o Código Civil, posto que é latente a violação do princípio da igualdade.

Nesse sentido, faz-se importante pontuar nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o quão lesivo é a violação do princípio da igualdade. Assim, aduz:

> Viola a igualdade toda vez que o tratamento normativo favorece ou prejudica alguns, não em razão de uma circunstância justificadora, mas em virtude de um critério arbitrário, sem relação lógica e razoável com o objeto da disciplina legal. (MELLO, 2021).

Isto posto, percebe-se que o legislador violou, evidentemente, o princípio da igualdade. Trazer o termo “consanguíneo” para uma qualificadora que tem o condão protetivo para os agentes de segurança pública e seus familiares é tratar os iguais de maneira desigual, haja vista não haver qualquer respaldo tanto na legislação constitucional como infraconstitucional que corroborasse com a distinção feita entre parentes consanguíneos e afetivos.

A qualificadora questionada em questão, em tese, tinha condão de caráter protetivo não só para os agentes de segurança pública que são elencados no rol dos artigos 142 e 144 da Constituição Federal como também para seus familiares, contudo, aquilo que tinha o objetivo protetivo acabou subvertido por conta de uma restrição que evidentemente é contrária ao que estabelece a Constituição Federal.

Não amparar os parentes por afetividade, em especial o filho adotivo, reforça um pensamento preconceituoso que reverberou no Brasil por gerações. O discurso de que o filho adotivo não tinha os mesmos direitos que tem o filho consanguíneo foi indiretamente convalescido com a decisão de só proteger com a qualificadora os parentes consanguíneos até terceiro grau.

Neste diapasão, cumpre ressaltar que a presente discussão deveria ter sido levada ao Supremo Tribunal Federal pelas ações constitucionais que visem buscar o controle de constitucionalidade para corrigir o erro que foi posto pelo legislador. Importante salientar, que uma possível correção da norma, obrigatoriamente, terá efeito *ex nunc*, haja vista que deverá ser observado o princípio da irretroatividade, onde a norma não poderá retroagir para prejudicar o réu.

Isto posto, aqueles que tenham cometido homicídio contra algum parente que não tenha vinculação sanguínea com o agente de segurança pública, deverá responder pelo homicídio simples, caso não seja observada outras qualificadoras além do que estabelece o §2º, inciso VII do artigo 121 do CP.

Por fim, restou demonstrado onde reside a problemática do presente trabalho, pois, é certo que a qualificadora destoa dos parâmetros constitucionais adotados pelo constituinte originário, mais especificadamente no artigo art. 227, §6º da Constituição Federal, onde ressalta que os filhos advindos do casamento ou adoção terão os mesmos direitos, sendo proibida qualquer distinção. Portanto, exposto está a latente inconstitucionalidade que goza a qualificadora do homicídio funcional trazida pela lei 13.142/15.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreendendo a complexidade do tema, é possível afirmar que a qualificadora que foi analisada no presente trabalho se trata de uma norma inconstitucional. Além de toda narrativa preconceituosa que a Constituição Federal e, em seguida, o Código Civil com as mais variadas formas de famílias trataram de extirpar, é muito importante pontuar que a qualificadora viola aspectos processuais e de direito material.

Observando os princípios norteadores do Direito Penal, como foi salientado ao longo do trabalho, observa-se o princípio da analogia in malam partem e legalidade, sendo este último, desdobramento da legalidade estabelecida na Magna Carta, onde estabelece que o réu não poderá ser punido por fatos que o legislador não traga expressamente no tipo penal.

Com a observância dos princípios, mostra-se notório que a norma que tinha o objetivo de proteger os agentes de segurança pública e seus familiares, errou de maneira expressa quando tratou de distinguir parentes consanguíneos e parentes por socioafetividade, ou seja, a qualificadora mitigou os efeitos de proteção para aqueles que na relação familiar são tão amados e queridos quanto aqueles que guardam laços consanguíneos.

Por conseguinte, observa-se também a violação o princípio constitucional da igualdade, haja vista a presente qualificadora analisada colocar em desigualdade pessoas que deveriam estar em pé de igualdade, ou seja, tratou iguais de maneira desigual, o que é evidentemente vedado pela Carta Magna.

Portanto, é de caráter essencial que o Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição, por intermédio de provocação dos legitimados, com as ações de controle de constitucionalidade, pacifique a matéria, haja vista a presente qualificadora ir em direção diametralmente oposta ao que estabelece o ordenamento jurídico como um todo.

Nesse sentido, o Supremo pacificando a matéria, nasce uma nova discussão que também é extremamente complexa. É de sabença geral que quando for constatada a inconstitucionalidade de uma norma, esta, geralmente, goza de efeito ex tunc, contudo, por meio da modulação dos efeitos e visando a segurança jurídica, o STF, desde que cumprido o quórum de dois terços dos ministros, poderá aderir ao efeito ex nunc.

Ademais, imprescindível destacar que caso a decisão possua efeito ex tunc, esta praticamente não terá efeito algum, haja vista, como já foi supracitado, a vigência do princípio da irretroatividade da lei penal que prejudique a situação do réu, bem como violaria o princípio da legalidade, pois o réu estaria sendo punido por um fato que à época não estava posto no tipo penal.

Nesse mesmo sentido, o legislativo poderá intervir para abarcar um rol maior para a qualificadora do homicídio funcional, com o objetivo de reestabelecer o caráter protetivo geral como foi a intenção precípua do legislador. No entanto, como já dito, as situações que já foram decididas não poderão ter os seus status alterados, haja vista a observância dos princípios discorridos ao longo do trabalho.

Assim, a norma que tinha um caráter protetivo deixou de proteger pessoas que também podem se tornar sujeitos passivos em crime de homicídio em razão da função do seu familiar afetivo. Ou seja, o filho adotivo, que também poderá ser vitimado em

razão da função do seu pai, não é amparado pela qualificadora. Ademais, além de toda discussão do amor entre pais ou mães socioafetivos para com seus filhos, observa-se também o caráter primordial da norma, que era a proteção em si para aqueles que atuam na linha de frente contra a criminalidade e dos seus familiares, restou mitigada, pois aqueles que não guardam laços consanguíneos entre si, não gozaram da proteção. Nesse viés, importa ressaltar que o condão protetório foi estabelecido por um **caráter preventivo** (aumento de pena, desestimulando a ação do sujeito ativo) e **caráter repressivo** (efetivamente cometido o crime, a pena será aumentada, reforçando o caráter punitivo).

Finalmente, é imprescindível que a norma seja alterada para que tome o mesmo sentido do ordenamento jurídico majoritário, equiparando os parentes por socioafetividade com os parentes consanguíneos, em especial o filho adotivo, para que a qualificadora seja dotada de uma amplitude necessária para que tenha o caráter protetivo abrangente não só para os agentes públicos e parentes dotados de consanguinidade como também os parentes por laços afetivos.

Assim, fica evidente que se constatou a inconstitucionalidade da presente qualificadora. Portanto, partindo do ponto que é um tema pouco tocado na jurisprudência, se faz necessária a provocação tanto do legislativo quanto do judiciário para sanar a inconstitucionalidade latente de que padece a presente norma.

Por fim, chega-se à conclusão de que a qualificadora do homicídio funcional trazida pela lei 13.142/15 é inconstitucional por ir diametralmente em direção contrária à constituição, haja vista o termo “consanguíneo” destoar de tudo aquilo que dispõe a Constituição Federal, observados todos os princípios constitucionais e as regras estatuídas expressamente na Magna Carta. Nesse sentido, cabe pontuar expressamente o artigo 227, §6º da Constituição Federal, o qual traz de maneira clara e expressa que não deverá haver distinção entre filhos adotivos e filhos biológicos, deixando expressa a inconstitucionalidade trazida na qualificadora do homicídio funcional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Igor de Andrade; PEIXOTO, Ana Raquel de Mattos Sabóia. A situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 31, nº 1618. Disponível em https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4407/a-situacao juridica-filho-adotivo-homicidio-funcional. Acesso em 30 dez. 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2022).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CERVO, Amando Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. Metodologia científica**.** São Paulo: Makron Books, 1996.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil brasileiro, Direito de Família, 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.v.5. https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:1997;000184787

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. v. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2024.

JUSBRASIL. Os agentes passivos do homicídio funcional: Lei n° 13.142/2015. Disponível em: https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/213164130/os-agentes-passivos-do-homicidio-funcional-lei-n-13142-2015. Acesso em: 23 out. 2024.

JUSBRASIL. Das relações de parentesco e dos tipos de filiação. Disponível em: https://camilahayashi.jusbrasil.com.br/artigos/148612539/das-relacoes-de-parentesco-e-dos-tipos-de-filiacao. Acesso em: 23 out. 2024.

LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva 2008.

MASSON, Cleber. Parte especial: arts. 121 a 212. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 18. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro. 15. ed. São Paulo: RT, 2021.

PEIXOTO, Ana Raquel de Mattos Sabóia; BARBOSA, Igor de Andrade. A situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional: um estudo da divergência entre o princípio da legalidade e o princípio da igualdade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6176, 29 maio 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/73573. Acesso em: 30 dez. 2024.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de família. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método.