

# ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 121, §2º, VII DO CÓDIGO PENAL: EXPRESSÃO PARENTES CONSANGUÍNEOS E A SITUAÇÃO DO FILHO ADOTIVO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL

*ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 121, §2º, VII OF THE CRIMINAL CODE: EXPRESSION OF CONSANGUINOUS RELATIVES AND THE SITUATION OF THE ADOPTIVE CHILD IN FUNCTIONAL HOMICIDE*

Helen Corrêa Solis NEVES<sup>1</sup>

Amanda de Barros MOREIRA<sup>2</sup>

---

ISSUE DOI: 10.21207/1983-4225.2021.1216

---

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar constitucionalidade do artigo 121, §2º, VII do Código Penal no ordenamento jurídico brasileiro, inserido no Código Penal por meio da Lei nº 13.142/2015 intitulado “Homicídio Funcional”, em que possivelmente excluiria a aplicação da qualificadora para o filho adotivo. O presente estudo se propõe a uma análise da possível inconstitucionalidade formal e material do instituto em comento, os argumentos favoráveis e contrários à sua aplicação, a compatibilidade com o sistema brasileiro, bem como os principais reflexos da sua aplicação no âmbito jurídico.

**Palavras-chave:** Parentesco civil. Adoção. Vexata quaestio.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2005) e graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (1996). Atualmente é professora horista do Centro Universitário de Patos de Minas de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado; e professora horista do Centro Universitário do Triângulo de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5564635142334317>.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM), Patos de Minas/MG.

**ABSTRACT**

*The scope of this work is to analyze the constitutionality of article 121, §2, VII of the Penal Code in the Brazilian legal system, inserted in the Penal Code through Law No. 13.142/2015 entitled "Funcional Homicide", in which it would possibly exclude the application of qualifying for the adopted child. This study proposes an analysis of the possible formal and material unconstitutionality of the institute under discussion, the arguments for and against its application, its compatibility with the Brazilian system, as well as the main consequences of its application in the legal sphere.*

**Keywords:** Civil kinship. Adoption. *Vexata quaestio*.

## 1 INTRODUÇÃO

A pretensão desta pesquisa será o estudo da situação do filho adotivo no artigo 121, §2º, VII do Código Penal incluído pela Lei nº 13.142/2015. A inclusão deste dispositivo no rol dos homicídios é denominada de homicídio funcional caracterizando aumento de pena para os crimes cometidos 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, não incluindo, portanto, o parentesco civil, onde está inserido o filho adotivo.

Duas vertentes serão discutidas para que se estruture o entendimento jurídico a respeito do tema: princípio da igualdade e princípio da legalidade. Estes princípios serão pautados com base nos entendimentos doutrinários a respeito do assunto. Ademais será feita a análise da história legislativa da Lei nº 13.142/2015 visando a obter resposta aos motivos que culminaram a criação da qualificadora inserida no Código Penal e os assuntos relacionados que foram discutidos durante a sua elaboração. Objetivando sanar as dúvidas acerca da situação legal do filho adotivo a luz da qualificadora do homicídio funcional, far-se-á a verificação de constitucionalidade do artigo 121, §2º, VII do Código Penal amparando-se no princípio da interpretação conforme a Constituição, bem como no disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para que isto ocorra, será realizado um levantamento por meio de revisão bibliográfica com o objetivo de selecionar os principais posicionamentos encontrados na doutrina sobre o tema.

## 2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO HOMICÍDIO FUNCIONAL

O crime de homicídio funcional consiste em matar autoridade ou policial no exercício da função ou em razão dela, ou seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau. O crime continua a ser homicídio, sendo, porém, qualificado pela nova circunstância.

### 2.1 HOMICÍDIO FUNCIONAL

A Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015, em seu artigo 1º, alterou o Código Penal de modo a acrescentar ao artigo 121, § 2º, mais uma qualificadora do crime de homicídio, o inciso VII. Além disso, previu 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, modificando a Lei dos Crimes Hediondos, em que todos estes dispositivos possuem a mesma redação do artigo 121 do Código Penal. Este estudo analisará apenas a qualificadora do homicídio presente no artigo 121, §2º, VII.

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.

Outrossim, deve-se ressaltar que a Lei nº 13.142/2015 entrou em vigor em 07 de julho de 2015, sendo reconhecida como irretroativa, por ser mais gravosa, recebendo a nomenclatura de *novatio legis in pejus*, o que significa dizer que ela não pode ser aplicada aos fatos cometidos antes da listada data.

Conforme explicação da doutrina, qualquer pessoa poderá integrar o rol de sujeito ativo do crime descrito no artigo 121, §2º, VII, do Código Penal. Entretanto, em se tratando dos sujeitos passivos, somente

podem figurar como vítima do crime, os descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição da República.

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. [...]

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.

Damásio de Jesus (2015) estende a aplicação da qualificadora aos sujeitos passivos referente aos integrantes do sistema prisional, podendo ser vítimas do crime os secretários da administração penitenciária, os diretores de presídios, dos centros de detenção provisória e das cadeias públicas, os agentes penitenciários e carcereiros. No que diz respeito à segurança pública, abrange-se os guardas-civis, municipais ou metropolitanos. Ademais, ainda são sujeitos passivos do delito com o reconhecimento da qualificadora em análise, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, Juízes Federais Estaduais e membros do Ministério Público, desde que haja nexos de causalidade – no exercício da função ou em razão dela.

Contraparte, não poderão integrar o polo passivo 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, justamente para evitar a interpretação analógica ou extensiva em matéria penal repressiva. Por esta razão não estão abrangidos pela nova norma penal, por falta de expressa previsão do texto legal.

Apesar disso, em análise da doutrina de Cezar Roberto Bitencourt (2018), excepcionalmente, o servidor aposentado também

poderá ser alcançado pela proteção penal em análise, visto que, o dispositivo penal fala em “no exercício da função ou em razão dela”, 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. Embora o crime não tenha sido praticado durante o exercício da função, foi em razão dela, e por isso é impossível negar a relação de causalidade com a qualificadora do inciso VII, do §2º, do artigo 121 do Código Penal mesmo após a aposentadoria.

Em contrapartida, Cleber Masson (2017) defende que embora guarde íntima relação com o cargo público que o integrante de órgãos da segurança pública ocupava, só é possível a incidência da qualificadora para os funcionários públicos da ativa, se a vítima deixou de exercer a função pública, estará excluída a figura qualificada, mesmo que o crime tenha sido motivado pela atividade anteriormente por ele desempenhada, visto que a figura qualificada preocupa-se com a função pública exercida pelas pessoas indicadas no art. 121, § 2.º, inc. VII, do Código Penal, e não propriamente com a pessoa atingida pela conduta criminosa.

## **2.2 A POLÊMICA SOBRE OS FAMILIARES MENCIONADOS NO ARTIGO 121, § 2º, VII, DO CÓDIGO PENAL**

O artigo 1.595 do Código Civil de 2002 traz a expressão parentesco por afinidade. Carlos Roberto Gonçalves (2018) entende 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.

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 em apreço foi clara em limitar como vítima os parentes consanguíneos até terceiro grau, juntamente com o cônjuge e companheiro. Dessa forma, não estão abrangidos os parentes que a pessoa

adquire em decorrência do casamento ou união estável como cunhados, sogros, genros, noras entre outros por expressa vontade do legislador. Entretanto, nada impede que se possa configurar outra qualificadora, mas não está.

A finalidade da lei é de proteção ao núcleo familiar do agente de segurança pública, porém a opção do legislador em delimitar especificadamente os sujeitos passivos não pode ser analisada somente sob a ótica da finalidade da lei, mas precisa ser confrontada com os princípios basilares do Direito Penal, que também possuem raízes constitucionais.

O dispositivo em análise 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, estendendo assim 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.

O cônjuge é aquele que mediante o casamento civil constitui a sociedade conjugal, nos termos do Artigo 226 da Constituição Federal, que também dita que a família tem proteção do Estado, o que inspira a legislação em análise. A união estável, ainda segundo a Constituição Federal deve ter tratamento semelhante ao casamento, e é entendida pela lei civil como a união contínua, pública e duradoura com o fim de constituir família.

O artigo 121, §2º, VII do Código Penal estende a qualificadora do homicídio funcional ou policialicídio para o crime praticado contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau das autoridades, agentes e integrantes dos órgãos de segurança pública. Bitencourt (2018) faz um importante ressalva a respeito dos relacionamentos homoafetivos e heteroafetivos, em que quando o texto legal se refere a cônjuge ou companheiro estão inclusos ambos os relacionamentos. 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 alvos da ação delituosa, e toma o cuidado de incluir expressamente o companheiro, evitando assim distinção no tratamento entre o casamento e a união estável.

O termo “parentes consanguíneos até terceiro grau” engloba os ascendentes, descendentes e colaterais até o terceiro grau. Em resumo, estão abrangidos pela qualificadora os pais, avós, bisavós, filhos, netos,

bisnetos, irmãos, tios e sobrinhos biológicos lembrando que até o terceiro grau. Dessa feita, todos estes podem ser vítimas desse homicídio qualificado desde que esteja vinculado ao exercício da função do agente público.

### **2.3 A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA EM RELAÇÃO AO PARENTESCO CIVIL**

O inciso VII, do artigo 121, §2º do Código Penal trouxe a locução “parentes consanguíneos até terceiro grau”, que abrange os ascendentes, descendentes e colaterais, relembando, 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. Dessa feita, percebe-se que o filho adotivo não se encaixa na qualificadora em análise.

O atual Código Civil em seu artigo 1.593 faz menção ao parentesco civil, trazendo que o parentesco é natural ou civil, seja por consanguinidade ou por outra origem. Apesar de o dispositivo em análise ser posterior a Constituição Federal, sua definição não se adequa ao disposto na Carta Maior, que proíbe quaisquer distinções relativas à filiação em seu artigo 227, §6º. Dessa forma, ao analisar o disposto na Constituição, conclui-se que os filhos são todos iguais, mas então porque o Código Penal, infraconstitucional a Carta Magna faz esta distinção?

Artigo 1.593 do Código Civil. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

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.

De modo a discorrer este problema, analisar-se-á a história legislativa da Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015 em forma de Projeto de Lei nº 846/2015 de autoria da Câmara dos Deputados.

### **3 A HISTÓRIA LEGISLATIVA DA LEI Nº13.142/15**

A história legislativa tem sido utilizada como importante ferramenta para investigação sobre a criação das leis, pois por meio dela é possível resgatar as ações que governantes instituíram na sua criação. Nesse sentido, é importante analisar a legislação da Lei nº13.142/15.

#### **3.1 APRESENTAÇÃO DO PROJETO DE LEI NÚMERO 846/2015 DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**

Os atos de execução contra policiais que atuam no front 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. Outrossim, o tema em análise começou a ser discutido em meados de 2008 como uma forma de resposta à sociedade. Entretanto, o propósito de mudanças ocorreu com o Projeto de Lei original número 846 de 2015 da Câmara dos Deputados, ou seja, depois de sete anos da intenção em modificar o artigo 121 do Decreto Lei número 2.848.

Publicada em 06 de julho de 2015, a Lei 13.142, de autoria da Câmara dos Deputados pelos Deputados Federais Leonardo Picciani e Carlos Sampaio, possuía como objetivo inicial em seu Projeto de Lei acrescentar parágrafo – até então seria o oitavo parágrafo inserido– ao artigo 121 do Código Penal com a finalidade de criar causa de aumento de pena para os crimes cometidos unicamente contra autoridade e agente de segurança pública descritos no artigo 144 da Constituição da República.

Aumento de pena este que levaria em consideração o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e as instituições legalmente constituídas para combater o crime, conforme levantou os Deputados Federais Leonardo Picciani e Carlos Sampaio, autores do referido Projeto de Lei.

§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.

Quando apresentada a majorante — até então como parágrafo ao artigo 121 do Código Penal— exigia-se uma reforma da legislação penal por parte dos Deputados autores do referido Projeto de Lei, devido ao uso de armamentos pesados e emboscadas para ocasionarem a morte de autoridades e agentes de segurança pública. 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, em justificativa publicada em 24 de março de 2015 no Diário da Câmara dos Deputados em razão do PL, entendeu-se que quando um ator do combate à criminalidade é vítima de homicídio seja ele tentado ou consumado, isto gera pânico e descontrole social em toda a comunidade.

O projeto originário apresentado pelos deputados do PMDB e PSDB não distinguia a pessoa, do profissional de segurança. Quando apresentado o Projeto, a até então majorante de pena 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. Ademais, foi colocado como justificativa no Projeto de Lei, que, se um policial estiver de férias e for assassinado, o homicídio deveria ser tratado com a mesma seriedade de que se ele estivesse no exercício de suas funções, pois dessa forma fortaleceria a sociedade gerando aumento da sensação de segurança juntamente com a diminuição de impunidade.

### **3.2 PRIMEIRA EMENDA DE PLENÁRIO AO PROJETO DE LEI NÚMERO 846 DE AUTORIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**

Em 25 de março de 2015, foi apresentada Emenda pelo líder do PSDB, o Deputado Carlos Sampaio a redação original do Projeto de Lei número 846, a qual visava suprimir o §8º do artigo 121 do Projeto

apresentado. Extinguiu-se a majorante de pena, para prever a criação da qualificadora nominada como inciso VII do §2º, artigo 121 do CP. Tratava-se da primeira alteração ao Projeto de Lei em estudo.

§2º.....

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.

Nota-se que a nova redação passou a qualificar o crime de homicídio funcional e não mais o majorar. A qualificadora em apreço abrangeu os profissionais das Forças Armadas elencados no artigo 142 da Constituição Federal e também passou a compor os integrantes do sistema prisional. Outra mudança de destaque está na delimitação do uso da qualificadora no exercício da função ou em decorrência dela, o que no Projeto originário vinculava o profissional com a pessoa da autoridade ou agente de segurança pública.

Na mesma data em que foi apresentada a primeira Emenda ao Projeto de Lei em estudo, foi oferecido o parecer às Emendas pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, o que gerou uma pequena discussão no Plenário da Câmara dos Deputados. 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.

Aferido o resultado da listagem de votação nominal eletrônica, foram computados 341 votos favoráveis e três votos contrários a Emenda Substitutiva. Se manifestaram contra a Emenda o bloco do partido político PSOL, em que tinha como representante o Deputado Chico Alencar, em que justificou dizendo que o Projeto de Lei possuía gravíssimos problemas 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.

Em 26 de março de 2015, a matéria foi aprovada e encaminhada ao Senado Federal na data de 31/ 03/2015 com a redação já descrita anteriormente.

### **3.3 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI PELO SENADO FEDERAL**

O Projeto de Lei em apreço chegou ao Senado Federal com requerimento de urgência para apreciação. Para a análise sobre a constitucionalidade do Projeto, houve encaminhamento à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, tendo como relator o Senador Alvaro Dias. Ele se manifestou favorável à aprovação do Projeto de Lei número 846 da casa de origem, registrando não existir vícios de constitucionalidade formal e de inconstitucionalidade material, e a matéria existente incluir-se no campo de competência da União para legislar.

Em 12 de junho de 2015, foram apresentadas Emendas ao Projeto de Lei – que trata do artigo 121, 129 e da Lei de crimes hediondos- pelo senador Randolfe Rodrigues em que propôs para o artigo 121 a abrangência da qualificadora do §2º, VII e a retirada da extensão aos familiares. A justificativa se deu pelo objetivo de proteção à tutela penal de todos os agentes públicos que forem vítimas de homicídio em razão da função ou no exercício dela.

Art.121.....  
 §2º.....  
 VII- contra funcionário público, no exercício da função ou em razão dela.

Em discussão do projeto e das emendas, o resultado se deu rapidamente por uma votação simbólica onde não houve debate no dia seguinte da votação pela aprovação do Projeto de Lei e pela rejeição das Emendas do Senador Randolfe ficando, portanto, o PL com a redação oferecida pela Câmara dos Deputados e encaminhada para a sanção presidencial.

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.

Desta feita, após conhecer a história legislativa da Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015 em forma de Projeto de Lei nº 846/2015 de autoria da Câmara dos Deputados, analisar-se-á a constitucionalidade do inciso VII, §2º do artigo 121 do Código Penal.

#### **4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 121, §2º, VII, DO CÓDIGO PENAL**

A introdução do homicídio funcional no Código Penal através da Lei nº 13.142/2015 ocasionou o questionamento acerca da exclusão da aplicação da qualificadora no tocante ao filho adotivo acarretou diversos resultando na possível inconstitucionalidade tanto formal quanto material. A seguir serão analisados os principais pontos que ensejam a (in)constitucionalidade.

#### 4.1 AS VERTENTES DO CONFLITO DO FILHO ADOTIVO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL: PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Como dito, o homicídio funcional surgiu a partir da Lei nº 13.142, de 6 de julho de 2015, que alterou o artigo 121 do Código Penal, ao acrescentar em seu parágrafo 2º mais uma circunstância qualificadora do crime de homicídio, nas formas tentada ou consumada. A discussão a cerca do artigo está na limitação imposta aos sujeitos passivos, sendo que ao impor a extensão da qualificadora até os parentes consanguíneos de terceiro grau exclui-se os filhos adotivos do rol de vítimas, o que em tese é vedado pela Constituição da República.

Em um primeiro momento, os princípios eram considerados vetores interpretativos, visto não serem tratados como norma jurídica, mas sim como meros pontos de interpretação da norma. Tal concepção não se manteve, pois o estudo dos princípios revela-se de grande proeminência para diversas disciplinas, além de possuírem valor normativo são também fonte auxiliar para decisões judiciais quando uma regra é omissa ou insuficiente na resolução da lide.

Ao estudar o homicídio funcional, nota-se que o 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.

O princípio da legalidade, também conhecido por meio da expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege* - não há crime nem pena sem lei anterior que os defina- é um norteador para as leis e dispositivos de cunho penal. De forma resumida, pode-se afirmar que o princípio em comento consiste no fato de que alguém só está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da lei. Sua previsão se encontra no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 1º do Código Penal brasileiro, nos termos seguintes respectivamente:

XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Neste contexto, o princípio afirma ser necessário que o legislador evite o uso de expressões ambíguas e até mesmo vagas para estabelecer quais condutas são realmente puníveis penalmente e quais sanções deverão vir a serem aplicadas. Desta feita, embora seja permitida a analogia no Direito penal, é indispensável a precisão da norma, pois não podem as normas ficarem sujeitas a interpretação do aplicador da pena. Nesta esteira, deve-se salientar os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha (2015) em 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.

Por fim, conclui-se que o princípio da legalidade é a base da própria democracia e serve de segurança para todos, revelando-se como um escudo de proteção ao cidadão.

Em se tratando do princípio da igualdade ou da isonomia, este prevê a igualdade entre os cidadãos de gozarem de tratamento isonômico pela lei, ou seja, sem distinção. Por meio deste princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular. Sua previsão encontra-se acoplada no caput do artigo 5º da Constituição da República de 1988.

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: [...]

Em uma análise contemporânea 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 conforme ensina Nery Junior (1997). Outrossim, a igualdade do direito exprime que a lei deve ser a mesma para todos, ou seja, um só corpo de normas deve existir e ser aplicado a todos os homens.

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 adúlteros e

filhos incestuosos. Diante disso, todas as filiações possuem os mesmos direitos, não importando se o filho é biológico ou não.

Ante o exposto, surge a questão de como 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? Ademais, para debater a respeito desta *vexata quaestio* deve-se levar em consideração o fato de que na análise da história legislativa – estudada anteriormente – a questão do filho adotivo como sujeito passivo não foi enfrentada.

#### **4.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 121, §2º, VII DO CÓDIGO PENAL**

A partir do choque entre a legislação constitucional (Constituição da República) e a legislação infraconstitucional (Código Penal) quanto ao homicídio de filho adotivo no homicídio funcional, surgem duas correntes, uma defendendo o princípio da legalidade e a outra que defende o princípio da igualdade.

Francisco Dirceu Barros (2015) Procurador Geral de Justiça de Pernambuco, 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, e quem mata, por motivos funcionais filho adotivo das pessoas elencadas no artigo 121, §2º, VII do Código Penal, comete homicídio funcional.

Por outro lado, nos ensinamentos de Rogério Greco (2015), não há consanguinidade –relação de sangue– 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, estar-se-ia utilizando a analogia *in malam partem*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de existir a ideia de que o artigo 121, §2º, VII do Código Penal é uma norma inconstitucional por discriminar matéria que a Constituição veda haver distinção ao distinguir o filho biológico com o filho adotivo – que nem deve ser assim nomeado– e por não ter havido uma análise detalhada a respeito do tema na

história legislativa da lei em comento, há a possibilidade de garantir a sua constitucionalidade através da aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição.

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. Como esclarece o jurista Luís Roberto Barroso (1996), trata-se 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 em análise não se distancia no todo de uma interpretação conforme a Constituição.

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. Diante deste dispositivo, nota-se que mesmo se houvesse o homicídio do filho adotivo de um dos agentes elencados no rol do artigo 121, §2º, VII do Código Penal, haveria a aplicação da qualificadora, pois é improvável que haja a comprovação do estado de filiação referente a adoção entre o filho e os agentes descritos no

tipo penal, visto não constar nada sobre o ato de adoção na certidão de nascimento da prole. Outrossim, deve-se salientar que os procedimentos referentes a adoção são sigilosos por envolverem crianças e adolescentes de modo a aplicar-se o princípio da proteção integral visto ser este o princípio norteador do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 47. [...]

§ 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. [...]

Com efeito, o legislador errou ao utilizar a expressão “parentes”. Proponha-se aqui uma correção de texto, em que está acoplada a maior dificuldade interpretativa, onde se precisa encontrar uma solução sem ferir o princípio da tipicidade estrita e não desrespeitar o mandamento constitucional.

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. Conforme se posiciona Cezar Roberto Bitencourt (2018), a interpretação não acresce nenhuma elementar ao texto penal, mas sim suprime o adjetivo consanguíneo de modo a afastar uma possível inconstitucionalidade. Suprimir se difere de crescer, pois ainda que se amplie a abrangência do texto trata-se de um bem maior, salvar o dispositivo.

## 5 CONCLUSÃO

A construção deste estudo teve como objeto a Lei nº 13.142 de 06 de julho de 2015 que incluiu no Código Penal nova qualificadora no artigo 121, §2º, VII tratando do homicídio contra autoridades ou agentes descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição da República, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, denominado de homicídio funcional. Foi discutido a respeito da exclusão do filho adotivo no dispositivo em comento, o que causaria um possível conflito em um caso concreto envolvendo o princípio da legalidade defendendo o Código Penal e o princípio da igualdade considerando-se o disposto na Constituição Federal criando-se uma vexata quaestio: declarar o disposto no inciso VII, do artigo 121, §2º inconstitucional ou não?

Em análise a história legislativa da referida Lei, é nítido que o legislador não se preocupou com a questão do filho adotivo como elementar do tipo penal, visto a sua exclusão ao dispor da locução “consanguíneos”. Outrossim, não houve apresentação do Projeto de Lei para a Comissão de Constituição e Justiça, revelando mais uma falha legislativa no processo de criação da qualificadora o que resultou em um dispositivo passível a divergências doutrinárias a respeito da sua constitucionalidade.

Ao longo deste texto, ficou evidenciado a possível inconstitucionalidade do dispositivo por ferir a Constituição da República ao distinguir o filho adotivo do biológico. Entretanto, visando a preservação da qualificadora foi apresentada uma nova análise sob a égide de um outro princípio, qual seja, o da interpretação conforme a Constituição, visando não declarar a inconstitucionalidade do texto penal, visto que a qualificadora se aproxima do disposto da Magna Carta. De outro modo, a criação deste conflito entre princípio da legalidade versus princípio da igualdade no artigo 121, §2º, VII do Código Penal não se sustenta quando se analisa o Estatuto da Criança e do Adolescente que proíbe que as informações a respeito da adoção se encontrem presentes no histórico do registro civil do adotado, sendo conseqüentemente, improvável que não se aplique a qualificadora do homicídio funcional nos casos de assassinato contra o filho adotivo dos integrantes do inciso VII, do artigo 121, §2º do Código Penal. Figura-se, portanto, ser este um conflito aparente de normas.

Apesar desta análise, parece razoável que a norma seja declarada inconstitucional, porém sem redução de texto, mas sim adicionando a inclusão do filho adotivo a fim de evitar a sua exclusão e fazer jus ao

mandamento constitucional que tanto lutou para que não haja a discriminação entre os filhos.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. (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: 22/08/ 2019.

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

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.

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

\_\_\_\_\_. Decreto lei n° 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 14/05/2019.

\_\_\_\_\_. Diário do Senado Federal. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=19514#diario>. Acesso em 15/05/2019.

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

\_\_\_\_\_. Manual de direito Penal: parte geral. 3ª. Ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2015.

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.

JESUS, Damásio Evangelista de. Homicídio Funcional: primeiras ideias.

In: Carta Forense, 2015. Disponível em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/homicidio-funcional--primeiras-ideias/15642..> Acesso em: 22/04/2019.

JÚNIOR, Francisco de Paulo Queiroz Bernardino. A análise da expressão "parentesco consanguíneo" na Lei 13.142/2015 sob o prisma do princípio da legalidade penal. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-analise-da-expressao-parentesco-consanguineo-na-lei-131422015-sob-o-prisma-do-principio-da-legalidade-penal,590257.html>>. Acesso em: 20/03/2019.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSON, Cléber. Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 / Cleber Masson. – 11. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes. Qualificadora do “Homicídio Funcional” e Morte Decorrente de Intervenção Policial. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.972.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.972.14.PDF). Acesso em: 20/03/2019

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