



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LIMITES INTERPRETATIVOS DA LEI PENAL E POLÍTICA CRIMINAL
CONSTITUCIONAL: O LUGAR DOS FILHOS ADOTIVOS NO HOMICÍDIO
FUNCIONAL INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.142/15

Júlia Linhares Costa

Rio de Janeiro
2020

JÚLIA LINHARES COSTA

LIMITES INTERPRETATIVOS DA LEI PENAL E POLÍTICA CRIMINAL
CONSTITUCIONAL: O LUGAR DOS FILHOS ADOTIVOS NO HOMICÍDIO
FUNCIONAL INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.142/15

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

LIMITES INTERPRETATIVOS DA LEI PENAL E POLÍTICA CRIMINAL
CONSTITUCIONAL: O LUGAR DOS FILHOS ADOTIVOS NO HOMICÍDIO
FUNCIONAL INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.142/15

Júlia Linhares Costa

Graduada pela Universidade Estadual de Montes
Claros. Advogada.

Resumo – a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.142/2015 suscitou acalorados debates doutrinários acerca do âmbito de incidência da norma penal. Diante da previsão legal do termo “consanguíneos”, contido no tipo qualificado do homicídio funcional, passou-se a questionar qual seria a tutela penal da filiação adotiva, principalmente diante da vedação constitucional ao tratamento discriminatório entre filiações. O presente trabalho busca, portanto, analisar a controvérsia envolvendo a Constituição Federal como parâmetro a ser observado pela legislação infraconstitucional e o princípio da legalidade estrita do direito penal.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Constitucional. Homicídio Funcional. Princípio da Legalidade. Interpretação Constitucional.

Sumário – Introdução. 1. Os princípios constitucionais como vetores integrativos e interpretativos do direito penal. 2. O princípio da legalidade ou reserva legal como limitação ao poder punitivo estatal. 3. A alteração legislativa promovida pela lei nº 13.142/2015 e a situação jurídica do filho adotivo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de uma interpretação progressista constitucional da legislação penal, a fim de que os filhos adotivos sejam abarcados pela qualificadora do homicídio funcional previsto no art. 121, §2º, VII do Código Penal.

A Lei nº 13.142 de julho de 2015 trouxe algumas alterações à legislação penal, dentre as quais incluiu uma qualificadora ao crime de homicídio, inserindo o inciso VII ao §2º do artigo 121 do Código Penal. A referida qualificadora ficou conhecida na doutrina como “homicídio funcional” e visa apenar de forma mais severa o crime de homicídio cometido contra determinadas autoridades e agentes, no exercício da função ou em decorrência dela, bem como contra alguns de seus familiares.

Ocorre que, o mencionado tipo qualificado, intencionalmente ou não, limitou o seu cabimento ao prever ser aplicável nas hipóteses em que o crime for cometido em desfavor dos parentes consanguíneos.

A partir da previsão expressa do termo “consanguíneos” e à luz dos princípios norteadores do direito penal, dentre os quais o princípio da legalidade estrita e tipicidade, surgiu o questionamento acerca da aplicação da qualificadora nos casos de filiação adotiva.

A discussão é controvertida e torna-se relevante diante da previsão constitucional contida no art. 227, §6º, CRFB/88, que impede qualquer tipo de tratamento discriminatório entre a filiação consanguínea e adotiva, corolário do princípio da isonomia.

Ante as repercussões práticas, distintas conforme o entendimento adotado, o presente trabalho busca analisar se a inclusão da filiação adotiva no tipo qualificado seria espécie de interpretação constitucional progressista ou analogia *in malam partem*.

Para melhor compreensão do assunto, inicia-se o trabalho examinando o papel integrativo dos princípios constitucionais, sobretudo aqueles aplicáveis ao direito penal, que devem servir de baliza para todo ordenamento jurídico infraconstitucional, desde a sua criação até o momento de sua aplicação.

Em seguida, o segundo capítulo analisa o princípio da legalidade ou reserva legal, que constitui efetivo limitador ao exercício do poder punitivo estatal, demonstrando como o referido princípio pode constituir óbice a interpretações pautadas em questões de política criminal constitucional.

O terceiro capítulo trabalha as alterações trazidas pela Lei nº 13.104/15, com enfoque principal ao homicídio funcional, e sua interpretação diante da previsão constitucional que proíbe o tratamento diferenciado entre a filiação consanguínea e adotiva. Busca-se analisar qual o lugar dos filhos adotivos na tutela penal com o advento da referida Lei, e defender o necessário dever de observância à Constituição Federal, sem que isso implique em analogia *in malam partem*.

Para tanto, a abordagem desta pesquisa jurídica é qualitativa, uma vez que visa sustentar, por meio das fontes de base, uma tese e não quantificar dados por metodologia específica. Além disso, quanto aos objetivos, é desenvolvida de maneira explicativa, pois a pesquisadora vai sustentar uma opinião acerca da matéria controvertida no direito, fundamentando essa opinião com base na bibliografia pertinente, na legislação e, eventualmente, na jurisprudência, razão pela qual mostra-se também como bibliográfica.

1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO VETORES INTEGRATIVOS E INTERPRETATIVOS DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é um ramo da ciência jurídica, que pode ser definido como o conjunto de normas que regula comportamentos sociais lesivos a bens jurídicos relevantes. A contextualização do Direito Penal vigente, bem como dos princípios a ele aplicáveis, pode ser melhor compreendida a partir da análise e comparação do Direito repressivo de outros períodos da civilização.

Nos dizeres de Galvão¹, “para melhor compreendermos os fundamentos do Direito Penal contemporâneo é necessário examinar como a intervenção punitiva se concilia com a tutela dos direitos fundamentais em suas diversas dimensões.”.

A atividade repressiva estatal, bem como a sua base principiológica, irá acompanhar a evolução do Estado e a ideologia acolhida pela Constituição. Conforme sustenta, ainda, Galvão², “o Direito penal, como qualquer outro ramo do Direito, tem suas raízes de legitimidade nas opções políticas expressas na Constituição”.

Segundo Bitencourt³, no Brasil a evolução do Direito Penal pode ser analisada tendo por base as três principais fases históricas do País, quais sejam: o período colonial, o período imperial e o período republicano.

O início do período colonial foi marcado pela aplicação do Direito lusitano ao território brasileiro. A doutrina⁴ costuma associar esse período a marcantes traços de violência e crueldade, sendo que o Direito Penal da época “orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições”. Princípios norteadores do atual Direito Penal, tal qual o princípio da legalidade, não eram previstos no ordenamento jurídico brasileiro colonial, ficando à mercê do julgador a escolha da sanção aplicável.

Ressalta Araújo⁵ que, com a proclamação da Independência (1822), surge a necessidade de criação de nova legislação, o que, entretanto, só ocorreu dois anos após, com a promulgação da primeira Constituição do Brasil. Nesse período, importante destacar, ainda, a edição do Código Criminal em 1830, que é tido como o primeiro Código autônomo da América Latina, exercendo influência em várias legislações pelo mundo.

¹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 115.

² *Ibid.*, p. 118.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 89.

⁴ *Ibid.*, p. 90.

⁵ ARAÚJO, Fernando Roque. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 148-149.

Embora inovador, o Código de 1830 espelhava retrocesso em diversos dispositivos, dentre os quais aquele que previa a pena de morte. Por essa razão, após a abolição da escravidão e a proclamação da República, sentiu-se a necessidade de criação de um novo ordenamento jurídico que atendesse a nova realidade social e política. Nesse contexto, é promulgado o primeiro Código Penal da República, em 1890.

O Código de 1890, muito criticado pela doutrina da época, sofreu uma série de alterações legislativas, o que ensejou a criação da denominada “Consolidação das Leis Penais” em 1930, capitaneada por Vicente Piragibe.

Posteriormente, sob a égide do Regime Ditatorial do Estado Novo, foi aprovado, em 1940, o atual Código Penal Brasileiro⁶ que, embora tenha sido objeto de algumas alterações, continua vigente até os dias atuais.

Embora aprovado em 1940, o Código Penal, assim como todo o ordenamento jurídico brasileiro à época, sofreu grandes impactos com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil⁷ de 1988 (CRFB/88), que, já em seu artigo 3º, consagrou dentre os objetivos fundamentais da República a liberdade, a justiça e a solidariedade.

A compreensão do Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, inaugurado pelo artigo 1º da Constituição Federal⁸, revela a ideia de um sistema jurídico nacional caracterizado pela ordenação e unidade, que tem como pressupostos o respeito aos direitos humanos e pelas garantias fundamentais.

Ademais, conforme Galvão⁹, em um Estado Constitucional, a produção normativa infraconstitucional, bem como a atuação dos operadores do direito encontra fundamento e limitação na Constituição, sendo que “o correto entendimento da Constituição pressupõe percebê-la como sistema interno de articulação de princípios fundamentais”.

Nos dizeres de Nucci¹⁰:

o ordenamento jurídico constitui um sistema lógico e coordenado, imantado por princípios, cuja meta é assegurar a coerência na aplicação das normas de diversas áreas do Direito. Dentre os vários significados do termo *princípio*, não se pode deixar de considerá-lo a causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo. Juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma,

⁶ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁸ *Ibid.*

⁹ GALVÃO, op. cit., p. 116.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27.

porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Devendo, o ordenamento, subordinação aos preceitos constitucionais, torna-se de suma importância a análise acerca das normas e princípios consagrados pela carta constitucional. Importante ressaltar que, ultrapassada a visão positivista da hermenêutica clássica, há o reconhecimento acerca da normatividade dos princípios, que passam a ser base do ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais, consistentes em verdadeiras normas com elevado grau de generalidade, desempenham relevante função integrativa e interpretativa do ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Além de representarem vetores a serem observados na criação das mais variadas normas, revelam diretrizes a serem seguidas na interpretação e aplicação do direito. Conforme assevera Araújo¹¹:

[...] deve o legislador se pautar pelos princípios ao definir as condutas criminosas e as respectivas sanções (fase de previsão). De igual sorte, deve o magistrado se orientar pela principiologia do Direito Penal ao julgar os processos criminais (fase de aplicação). Por fim, devem o magistrado e o administrador obediência aos princípios quando do acompanhamento do cumprimento das penas (fase de execução).

Embora o estudo do direito seja dividido em matérias, tal divisão se dá por motivos estritamente didáticos, devendo o ordenamento jurídico ser compreendido em sua unicidade e ordenação. Nesse sentido, o conjunto de normas e princípios em vigor, sobretudo os constitucionais, devem orientar a construção, interpretação e aplicação de todos os segmentos do direito, inclusive do direito penal.

Assim, sustenta Masson¹² que “as regras e princípios constitucionais são os parâmetros de legitimidade das leis penais e delimitam o âmbito de sua aplicação.”. De acordo com o autor¹³, o direito penal encontra seu fundamento de validade ao adequar-se às liberdades, garantias e direitos previstos na Constituição Federal¹⁴.

Ainda que as fontes formais secundárias, tal qual a Constituição Federal¹⁵, os costumes e princípios gerais do direito, exerçam importante papel integrativo no ordenamento jurídico, no âmbito do direito penal o tema torna-se mais sensível. Ao tutelar bens jurídicos relevantes, e cominar penas que restringem o direito fundamental à liberdade, a interpretação

¹¹ ARAÚJO, op. cit., p. 77.

¹² MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral*. 11. ed. V. 1. São Paulo: Forense, 2017, p. 7.

¹³ Ibid.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁵ Ibid.

e aplicação do direito penal encontra alguns limites em sua fonte formal imediata, ou seja, a lei. Nesse contexto, ganham relevância princípios como o da legalidade ou reserva legal penal.

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU RESERVA LEGAL COMO LIMITAÇÃO AO PODER PUNITIVO ESTATAL

Embora relevantes nos mais variados ramos do direito, os princípios exercem um papel expressivo no Direito Penal, visto que constituem efetiva limitação ao poder de punir estatal. De acordo com Araújo¹⁶, através dos princípios constitucionais, expressos e implícitos, aplicáveis ao Direito Penal, torna-se possível a delimitação da maneira como se exprime esse poder punitivo.

Sustenta Galvão¹⁷ que, “no Estado Democrático de Direito, os princípios penais devem limitar a atividade repressiva, estabelecendo quais são as garantias inafastáveis da liberdade individual”.

Dentro desse contexto, exerce papel expressivo o princípio da legalidade ou reserva legal. Ressalte-se que, embora a maioria da doutrina utilize tais expressões como sinônimas, há quem defenda haver distinção entre elas. Nesse sentido, Barros¹⁸ sustenta que a legalidade abrangeria as diversas espécies normativas, possibilitando a adoção de qualquer dos diplomas previstos no artigo 59 da Constituição Federal¹⁹; por outro lado, ao tratar do princípio da reserva legal, haveria a limitação da criação legislativa, de forma que a definição do crime, bem como a cominação da pena respectiva, só poderia se dar por meio de lei em sentido estrito, seja lei ordinária ou complementar.

Acompanhando a doutrina majoritária, o princípio da legalidade ou da reserva legal, insculpido no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal²⁰, atua como fundamento e limite do poder estatal de intervir na liberdade individual ao preceituar a exclusividade da lei para criação de delitos e cominação de penas. Conforme Masson²¹, o referido princípio possui notório viés democrático, “pois revela a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal.”.

¹⁶ ARAÚJO, op. cit., p. 77.

¹⁷ GALVÃO, op. cit., p. 135.

¹⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 29-30.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁰ Ibid.

²¹ MASSON, op. cit., p. 24.

Greco²² sinaliza a Magna Carta Inglesa (1215), editada ao tempo do Rei João Sem Terra, como a origem do referido princípio, ressaltando, contudo, a importância da Revolução Francesa no desenvolvimento do mesmo, que passou a dar à legalidade os contornos tais quais atualmente exigidos pelo Direito Penal.

Segundo o Autor²³, “o princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os nossos Códigos, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984”.

Deve-se reconhecer que o princípio da reserva legal exerce funções fundamentais no mundo fático e jurídico, funções estas diretamente associadas à ideia de segurança jurídica. De acordo com Masson²⁴, o fundamento jurídico da reserva legal é traduzido na taxatividade, que deverá ser observada pelo legislador, a partir da criação certa e determinada do tipo penal, bem como pelo Judiciário, que se encontra vinculado ao mandamento legal.

Essa ideia é sabiamente traduzida por Queiroz²⁵:

o princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio.

Depreende-se, portanto, que o princípio da reserva legal exerce importante limitação ao exercício do poder punitivo estatal, de forma que Masson²⁶ evidencia, ainda, o seu fundamento político, este consistente na preservação do cidadão frente ao arbítrio estatal no desempenho de seu poder punitivo.

Nesse cenário, Greco²⁷ reconhece à reserva legal algumas funções fundamentais. Para além da exigência da previsão legal criando o tipo incriminador, extrai-se da estrita legalidade as proibições da retroatividade da lei penal; da criação de crimes e penas pelos costumes; do emprego de analogia em prejuízo do agente; bem como das incriminações vagas e indeterminadas.

O exercício do poder punitivo, portanto, é condicionado à existência prévia de lei penal escrita, certa e determinada, repudiando-se conceitos vagos e imprecisos que ampliem a discricionariedade estatal. Trata-se de elogiável garantia constitucional, que visa preservar

²² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 94-95.

²³ *Ibid.*, p. 95.

²⁴ MASSON, op. cit., p. 25.

²⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23-24.

²⁶ MASSON, op. cit., p. 25.

²⁷ GRECO, op. cit., p. 96.

princípios fundamentais do ordenamento jurídico, tais quais o da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos respectivamente nos artigos 1º, inciso III e 5º, caput da Constituição Federal²⁸.

A jurisprudência²⁹, inclusive, tem reiterado seu entendimento segundo o qual o princípio da reserva legal atua como restrição constitucional ao aplicador da lei, cuja competência jurisdicional não lhe permite atuar além dos limites legais, sob pena de incorrer em atribuição legislativa e violar o princípio da separação dos poderes.

Saliente-se, entretanto, que, ainda que a criação normativa esteja à cargo do Poder Legislativo, o princípio da reserva legal também delimita o exercício de suas funções. Isso porque, conforme Greco³⁰, a observância do referido princípio em seu aspecto material, pressupõe uma elaboração legislativa que veicule conteúdo compatível com as imposições e proibições constitucionais.

Dessa forma, a aceitação da lei penal em nosso ordenamento jurídico exige não apenas o cumprimento das formas e procedimentos necessários à sua criação e impostos pela Constituição³¹, mas também a análise substancial do conteúdo proibitivo. Ferrajoli³² adverte acerca da indispensável submissão ao princípio da igualdade e aos direitos fundamentais “que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos”.

Nesse aspecto, há um sistema de controle mútuo entre os Poderes, para fiel observância dos preceitos constitucionais em todas as fases do Direito Penal, desde a criação legislativa, até a fase de aplicação da norma. Assim, ainda que o princípio da reserva legal importe em verdadeira limitação à discricionariedade judicial, deve-se reconhecer a existência de um inafastável campo de atuação do poder judiciário, sobretudo em defesa da Constituição Federal e dos direitos e garantias individuais.

Sabidamente Queiroz³³ trata do tema, explicando que:

como guardião da legalidade constitucional, a missão primeira do juiz, em particular do juiz criminal, antes de julgar os fatos, é julgar a própria lei a ser aplicada, é julgar, enfim, a sua compatibilidade – formal e substancial – com a Constituição, para, se a entender lesiva à Constituição, interpretá-la conforme a Constituição ou,

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 92.010*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8701049/habeas-corpus-hc-92010-es-2007-0236146-4-stj/relatorio-e-voto-13756006>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

³⁰ GRECO, op. cit., p. 98-99.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 7.

³² FERRAJOLI apud GRECO, op. cit., p. 98.

³³ QUEIROZ, op. cit., p. 39.

não sendo isso possível, deixar de aplicá-la, simplesmente, declarando-lhe a inconstitucionalidade.

Revestem-se de importância, nesse cenário, os papéis integrativos e interpretativos dos princípios constitucionais, que se prestarão a nortear a atuação do judiciário na busca pelo ajuste aos ideais jurídico-penais e de justiça. Essa atuação, contudo, não é isenta de críticas e ressalvas, pois, conforme mencionado, ao tutelar direito sensível tal qual a liberdade, o direito penal se reveste de garantias a fim de limitar o poder punitivo estatal.

3. A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PROMOVIDA PELA LEI Nº 13.142/2015 E A SITUAÇÃO JURÍDICA DO FILHO ADOTIVO

Conforme analisado, no âmbito do Direito Penal, a construção, análise e aplicação da lei é tema que se torna bastante sensível e controverso. Se, por um lado, o poder punitivo estatal encontra limites no princípio da legalidade, por outro, a compreensão do ordenamento jurídico como uno e subordinado aos preceitos constitucionais impõe ao aplicador da norma um necessário exercício interpretativo.

Nesse cenário, a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.142³⁴, de 6 de julho de 2015 suscitou acalorado debate acadêmico a respeito do âmbito de incidência da norma penal. A referida Lei³⁵, dentre suas inovações, incluiu o inciso VII no §2º do artigo 121 do Código Penal³⁶, passando a prever o que a doutrina³⁷ convencionou chamar de homicídio funcional. Trata-se, em verdade, de nova circunstância qualificadora do crime de homicídio na hipótese em que este delito for praticado contra autoridades e agentes de segurança pública ou seu parente consanguíneo até terceiro grau.

Ocorre que a redação apresentada pela Lei nº 13.142/2015³⁸, ao falar em “contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau”, acabou por excluir da proteção legislativa os filhos adotivos, gerando intensa controvérsia doutrinária envolvendo, principalmente, os princípios constitucionais da legalidade e da igualdade.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 13.142*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13142.htm#art1>. Acesso em: 30 abr. 2020.

³⁵ Ibid.

³⁶ BRASIL, op. cit., nota 6.

³⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. Homicídio funcional: primeiras ideias. *Carta Forense*, São Paulo/SP, ano 2001, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/homicidio-funcional--primeiras-ideias/15642>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

³⁸ BRASIL, op. cit., nota 34.

Isso porque, para além da previsão genérica do princípio da isonomia contida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal³⁹, a dita Carta Constitucional previu expressamente em seu artigo 227, §6º⁴⁰ que “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.”.

A respeito do mencionado dispositivo constitucional, importantes os dizeres de José Afonso da Silva⁴¹ ao afirmar que “O art. 227, §6º, contém importante norma relativa ao *direito de filiação*, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a ela relativas”.

Saliente-se que o princípio da igualdade está profundamente ligado ao Estado Democrático de Direito, devendo ser interpretado a partir de seus três aspectos, que asseguram não só a igualdade do direito, mas também a uniformidade de tratamento e, ainda, a proibição da discriminação, conforme preceituam Peixoto e Barbosa⁴².

Ainda segundo os autores⁴³, a alteração promovida pela Lei nº 13.142/2015, ao excluir os parentes não consanguíneos, acabou por fomentar a discriminação entre a filiação biológica e adotiva, “uma vez que, se o crime for praticado contra o primeiro, é configurado homicídio qualificado e hediondo, e, se praticado contra o último, resta caracterizado homicídio simples.”.

Dessa forma, ainda que o campo de abrangência do Direito Penal seja limitado pelo princípio da legalidade e pela sua inerente fragmentariedade e subsidiariedade, não podem os operadores do direito se olvidarem de que, conforme Greco⁴⁴, o ordenamento infraconstitucional pátrio deve ser sempre apreciado de acordo com os preceitos constitucionais, sob pena de ter declarada sua invalidade jurídica.

É importante ressaltar expressiva corrente doutrinária, representada por autores como Damásio de Jesus⁴⁵ e Rogério Greco⁴⁶, que defende a estrita observância da legalidade,

³⁹ BRASIL, op., cit., nota 7.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 849.

⁴² PEIXOTO, Ana Raquel de Mattos; BARBOSA, Igor de Andrade. A situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 31, nº 1618, mai. 2019. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4407/a-situacao-juridica-filho-adotivo-homicidio-funcional>>

. Acesso em: 03 mai. 2020.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ GRECO, op. cit., p. 42.

⁴⁵ JESUS, op. cit., nota 37.

⁴⁶ GRECO, Rogério. Discussões sobre a Lei 13.142, de 06.07.2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo/SP, ano 2015, fev. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/>

entendendo que a interpretação segundo a qual a qualificadora abarca os filhos adotivos importaria em analogia *in malam partem*, proibida no direito penal. De acordo com essa orientação, portanto, ainda que a norma infraconstitucional vá de encontro aos preceitos constitucionais, caso o homicídio seja praticado contra filho adotivo de algum dos agentes descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal⁴⁷, não será possível a aplicação da qualificadora do homicídio funcional, diante da ausência de previsão legal.

Entretanto, com a devida vênua ao entendimento esposado, a percepção do ordenamento jurídico em sua unicidade e, sobretudo, submissão à Constituição Federal, impede que a norma penal em comento seja aplicável de tal maneira discriminatória. A lei penal infraconstitucional, ao buscar seu fundamento de validade na Constituição, não pode a ela se opor, principalmente existindo regra específica expressa que impõe a equiparação de tratamento entre filiações.

Dessa forma, nos dizeres de Barros⁴⁸

se o mandamento constitucional preconiza que os filhos adotivos são equiparados aos consanguíneos, a ilação lógica é a de que quem mata, por motivo funcionais, filho adotivo de uma das pessoas elencadas no 121, § 2º, VII, do Código Penal, comete homicídio funcional. Não estamos fazendo uso da analogia *in malam partem*, pois não existe lacuna a ser preenchida e a norma constitucional não permite fazer nenhuma discriminação.

Ademais, merece exploração a ciência da política criminal, que analisa o estudo do Direito Penal a partir da interpretação do componente teleológico por detrás da norma proibitiva. Nos dizeres de Zaffaroni⁴⁹, “o bem jurídico tutelado, escolhido como decisão política, é o componente teleológico que nos indica o fim da norma”.

Nesse sentido, a partir da análise do fundamento político que deu origem à qualificadora do homicídio funcional, qual seja, a necessária proteção diferenciada aos agentes de segurança pública e seus familiares, não se mostra razoável ou proporcional que apenas a filiação consanguínea seja protegida, sob pena de se aceitar a vigência no ordenamento jurídico de verdadeira aberração jurídica.

doc_ biblioteca/ bibli_servicos_ produtos/bibli_ boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.962.14.PDF>. Acesso em: 03 mai. 2020.

⁴⁷ BRASIL, op., cit., nota 7.

⁴⁸ BARROS, Francisco Dirceu. Os agentes passivos do homicídio funcional: Lei nº 13.142/2015. A controvérsia da terminologia autoridade e o filho adotivo como agente passivo do homicídio funcional. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 20, nº 4.418, ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41302/os-agentes-passivos-do-homicidio-funcional-lei-n-13-142-2015>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. V. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Masson⁵⁰ ressalta, ainda, que “essa ciência analisa de forma crítica a dinâmica dos fatos sociais e, comparando-a com o sistema penal vigente, propõe inclusões, exclusões ou mudanças, visando atender o ideal de justiça, colaborando, pois, com a Dogmática Penal”.

Conforme foi dito, o adequado exercício da atividade jurisdicional importa no necessário dever de observância da Constituição Federal como norma fundante, que deve ser parâmetro de validade de todo ordenamento jurídico. Assim sendo, além do controle de constitucionalidade, exercido pelas várias instâncias do Poder Judiciário, reconhece-se os papéis integrativos e interpretativos dos princípios e normas constitucionais, que devem nortear, portanto, a aplicação do direito.

Por conseguinte, enquanto não declarada a inconstitucionalidade material do artigo 121, §2º, inciso VII do Código Penal⁵¹, cabe ao Poder Judiciário interpretar o referido dispositivo conforme a Constituição Federal, a fim de considerar qualificado o homicídio praticado em detrimento dos filhos adotivos dos agentes descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, quando em razão da função exercida.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como objeto principal a análise acerca da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.142/15 e o embate doutrinário relacionado às hipóteses de incidência do homicídio funcional. O enfrentamento da questão foi pautado no estudo acerca dos sujeitos passivos abarcados pela modalidade qualificada contida no artigo 121, §2º inciso VII do Código Penal, sobretudo diante do conflito aparente entre os princípios constitucionais da isonomia e da legalidade estrita.

A inclusão do tipo qualificado, promovida pela Lei nº 13.142/15, teve como escopo a tutela penal mais gravosa nas hipóteses em que o homicídio é praticado em detrimento de determinados agentes integrantes do sistema prisional e da segurança pública nacional, bem como de seus familiares.

A inserção do dispositivo legal ao ordenamento jurídico foi pautada em questões legítimas de política criminal, tendo por base, principalmente, o princípio da isonomia em seu aspecto material. Entretanto, ao tratar das vítimas do referido delito, o dispositivo legal previu a expressão “consanguíneos”, o que acabou gerando uma controvérsia doutrinária acerca da amplitude do tipo penal.

⁵⁰ MASSON, op. cit., p. 14.

⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 6.

De um lado, a doutrina que sustenta que, diante do princípio da legalidade estrita do direito penal, não seria possível o alcance da filiação adotiva pelo dispositivo legal; de outro, o entendimento segundo o qual, ante à vedação expressa contida no artigo 227, §6º da Constituição Federal, a interpretação constitucional da norma penal impõe a compreensão de que são também vítimas do homicídio funcional os filhos adotivos dos agentes ali determinados.

Como consequência das ponderações fundamentadas feitas ao longo da pesquisa, foi possível concluir que, embora o princípio da legalidade desempenhe importante papel no âmbito do direito penal, consistindo em efetiva limitação ao exercício do poder punitivo estatal, não se pode olvidar que a Constituição Federal constitui parâmetro inafastável de interpretação da legislação infraconstitucional.

A conclusão a que se chegou esta pesquisadora consiste na ideia de que, embora o artigo 121, §2º inciso VII do Código Penal tenha, intencionalmente ou não, falado em filiação consanguínea, a sua constitucionalidade material exige o alcance da filiação adotiva.

Os principais argumentos utilizados baseiam-se na ideia de que a Constituição Federal consiste em fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, de forma que a legislação, desde o momento da sua criação, até a fase de aplicação, deve ter como parâmetro as normas contidas na Carta Magna. Por essa razão, a partir do momento que o artigo 227, §6º expressamente veda o tratamento discriminatório entre filiações, não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo.

A partir de uma análise associada à política criminal constitucional da norma, não se mostra razoável ou proporcional que apenas a filiação consanguínea seja abarcada pelo homicídio qualificado. A razão de ser da norma penal indica que a tutela especial dada a essas vítimas deve abranger aqueles que estão intimamente ligados a determinados agentes da segurança nacional, não sendo coerente que o assassinato cometido em desfavor de filho adotivo seja tratado de maneira mais benevolente.

A tese defendida neste trabalho consiste, portanto, na interpretação constitucional do homicídio funcional, a fim de que o referido dispositivo seja aplicado nas hipóteses em que a vítima do homicídio for filho adotivo dos agentes previstos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal. Não se trata de analogia *in malam partem*, mas tão somente aplicação de norma constitucional, que expressamente impõe o tratamento igualitário entre filiações.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando Roque. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARROS, Francisco Dirceu. Os agentes passivos do homicídio funcional: Lei nº 13.142/2015. A controvérsia da terminologia autoridade e o filho adotivo como agente passivo do homicídio funcional. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 20, nº 4.418, ago. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41302/os-agentes-passivos-do-homicidio-funcional-lei-n-13-142-2015>>. Acesso em: 04 mai. 2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/del2848compilado.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.
- _____. *Lei nº 13.142*, de 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13142.htm#art1>. Acesso em: 30 abr. 2020.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 92.010*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8701049/habeas-corpus-hc-92010-es-2007-0236146-4-stj/relatorio-e-voto-13756006>>. Acesso em: 11 abr. 2020.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- _____. *Direito Penal: Parte Geral*. 12. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- _____. Discussões sobre a Lei 13.142, de 06.07.2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo/SP, ano 2015, fev. 2017. 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.962.14.PDF>. Acesso em: 03 mai. 2020.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Homicídio funcional: primeiras ideias. *Carta Forense*, São Paulo/SP, ano 2001, ago. 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/homicidio-funcional--primeiras-ideias/15642>>. Acesso em: 03 mai. 2020.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral*. 11. ed. V. 1. São Paulo: Forense, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEIXOTO, Ana Raquel de Mattos; BARBOSA, Igor de Andrade. A situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 31, nº 1618, mai. 2019. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4407/a-situacao-juridica-filho-adotivo-homicidio-funcional>> . Acesso em: 03 mai. 2020.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. V. 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.