

Análise Crítica da Aplicabilidade Efetiva da Qualificadora do Homicídio Funcional em Relação ao Filho Adotivo ante as Consequências Jurídicas do Termo Gramatical “Parente Consanguíneo”



Eduarda Cristina de Oliveira
Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP (UNIFUNEC)

RESUMO

A situação legal do filho adotivo frente ao homicídio funcional vem sendo algo comumente discutido pelos doutrinadores da ciência jurídica. Isso ocorre porque os filhos adotivos não encontram-se expressos na qualificadora do homicídio funcional, por possuírem parentesco civil e não serem parentes consanguíneos. Nesse sentido, os princípios da igualdade (onde todos são iguais perante a lei) e da legalidade (previsto em lei), tornam-se instrumentos importantes dentro dessa temática. Assim sendo, o objetivo do aludido trabalho foi realizar uma análise crítica da aplicabilidade efetiva da qualificadora do homicídio funcional em relação ao filho adotivo. Para tanto, utilizou-se de um levantamento bibliográfico que respaldasse a fundamentação teórica e o desenvolvimento do trabalho. Os resultados demonstraram que o entendimento minoritário a respeito do enquadramento do filho adotado (parentesco civil) como sujeito passivo do homicídio funcional tendo como referência o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988, não é o entendimento que deve prevalecer, uma vez que ao enquadrá-lo como vítima estaria se utilizando de analogia in malam partem contra o autor do crime, o que é expressamente vedado no Direito Penal. Conclui-se, para tanto que, apesar do posicionamento que entende que o filho adotivo deve ser incluído como vítima do homicídio funcional tenha certa razão em relação ao princípio da igualdade, o princípio da legalidade se sobrepõe, pois não é possível que se faça analogia in malam partem contra o sujeito ativo do crime.

Palavras chave: Homicídio Funcional. Filho Adotivo. Princípio da Igualdade e da Legalidade.

ABSTRACT

The legal situation of the adopted child in the face of functional homicide has been something commonly discussed by jurists. This occurs because adopted child are not in the qualifier of the functional homicide, because they have civil kinship and are not blood relatives. In this sense, the principles of equality (where we are all equals by the law) and legality (provided by law), become important instruments within this theme. Thus, the purpose of this study was to perform a critical analysis of the effective applicability of the functional homicide qualifier in relation to the adopted child. For that, a bibliographical survey was used to support the theoretical foundation and the development of the paper. The results showed that the minority understanding regarding the adopted child (civil kinship) as a taxable person of functional homicide based on the principle of equality provided by the Federal Constitution of 1988 is not the understanding that should prevail, framing him as a victim would be using analogy in malam partem against the offender, which is expressly prohibited in criminal law. It is concluded that, despite the position that the adoptive child should be included as the victim of the functional homicide has a certain reason in relation to the

principle of equality, the principle of legality overlaps, since no analogy can be made in malam partem against the active subject of the crime.

Key Words: Functional Homicide. Adopted Child. Principle of Equality and Legality.

1. INTRODUÇÃO

As discussões na comunidade jurídicas, que abarcam as vertentes acerca do filho adotivo, baseiam-se e devem ser consideradas a partir da qualificadora do artigo 121, §2º, inciso VII, do Código Penal Brasileiro inserida recentemente no referido ordenamento jurídico. Ademais, duas variáveis devem ser abordadas para que, posteriormente, o entendimento jurídico torne-se estruturado. Para isso, os princípios da legalidade e igualdade devem ser interpretados com o objetivo de pautar os entendimentos doutrinários sobre o tema.

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

Destarte, os princípios da legalidade e da igualdade merecem destaque, uma vez que os mesmos são fundamentais para identificar se é possível ou não o enquadramento do filho adotado como sujeito passivo do crime de homicídio funcional.

Insta destacar que a Lei n. 13.142, de 6 de julho de 2015, alterou o Código Penal, em seu artigo 121, §2º, acrescentando assim, mais uma circunstância qualificadora do crime de homicídio, seja ele tentado ou consumado. Ademais, o homicídio, a lesão corporal gravíssima e a seguida de morte, quando cometidos contra autoridades, policiais, cônjuges e parentes, tornaram-se hediondos.

Dada a sua importância na atual conjuntura jurídica, torna-se necessário aprofundar-se mais essa temática, com o intuito de que sejam sanadas todas e quaisquer dúvidas acerca da situação legal do filho adotivo a luz da qualificadora do homicídio funcional, termo este usado pela doutrina.

Para tanto, será realizado um levantamento bibliográfico que pautar a revisão de literatura a ser feita. Tal revisão possui como principal objetivo selecionar os principais posicionamentos encontrados na doutrina sobre o tema, para esclarecer se é ou não possível o filho adotado ser considerado como vítima do crime de homicídio, para fim de aplicação da qualificadora inserida no artigo 121, §2º, inciso VII, do Código Penal no caso concreto.

2. FONTES DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO (COSTUME, ANALOGIA, LEI)

De importante relevância, as fontes do Direito, destacam o papel importante do entendimento e aplicação do ordenamento jurídico, podem ser escritas ou não, materiais ou formais (BONAVIDES, 2004).

A ciência jurídica e todo seu ordenamento não é algo pronto de imediato, foi necessária a participação do homem e a relação entre si para a sua criação e constante evolução (FERRAZ JUNIOR, 2001).

De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior (2001, p. 221), a fonte do Direito é “uma metáfora que acaba causando várias interpretações, posto que por fonte quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e dedução de regras obrigatórias, ou ainda a natureza filosófica do direito, seu fundamento.”.

Após a evolução da oralidade para o Direito escrito, este passou a trazer mais segurança e certeza, dando destaque maior na sua aplicabilidade, porém quando o direito escrito foi omissivo, o juiz poderá decidir de acordo com a analogia, costumes e princípio, como está colocado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu artigo 4º (BONAVIDES, 2004).

Como importantes dentro do seu escopo, as fontes de direitos se dividem em Fontes Materiais, Fontes Escritas e Fontes não Escritas (ESPÍNDOLA, 2002).

A própria sociedade é uma Fonte Material, o valor do fato social é algo importante na elaboração das leis e a interpretação que a sociedade têm sobre um fato, dado o caráter de a norma jurídica ser permissiva, proibitiva ou obrigatória (ESPÍNDOLA, 2002).

As fontes formais são tidas como imediatas, diretas ou primárias. Delas advém todo o ordenamento jurídico de acordo com o valor da sociedade, podendo ser escrita ou oral (BITENCOURT, 2017).

As fontes escritas dão maior segurança, por não se perderem facilmente com o avanço do tempo e mudança de costumes. Dentro da escrita encontramos a legislação, tida como a principal e mais importante, por ser a estrutura base da Lei (FERRAZ JUNIOR, 2001).

Dentro das fontes escritas há todo o arcabouço de leis e a jurisprudência que é um legado de julgamentos que possuem coerência entre si e versam sobre a mesma ideia. A Doutrina se baseia em um conjunto de obras literárias jurídicas, desenvolvidas por intelectuais da área com o empenho de explicar os conhecimentos do direito e desenvolver suas teorias (BONAVIDES, 2004).

As fontes não Escritas são encontradas dentro da vivência da sociedade, por meio dos Costumes, oriundo do hábito social constante em uma sociedade, são de uso exclusivo social, diferenciando-se da jurisprudência que é gerada somente com os operados do direito (BITENCOURT, 2017).

Os Princípios Gerais do Direito também são reconhecimentos como fontes do Direito em casos de omissão da lei, e no não uso do Costume, com meio para sanar a aplicação correta da lei. Quando houver decisões assim, o juiz deve recorrer primeiramente a esses princípios para depois se basear nos costumes (BONAVIDES, 2004).

Nesse sentido, para resolver a problemática da situação do filho adotivo em relação à qualificadora do homicídio funcional, será imprescritível a análise dos princípios da legalidade e da igualdade, tendo em vista que o legislador foi omissivo em relação ao filho adotivo dos agentes descritos nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, uma vez que o texto legal do inciso VII, do §2º, do artigo 121, do Código Penal, consta expressamente “parente consanguíneo”.

3. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Compreendida a Teoria Geral do Processo, o presente trabalho abordará o aprofundamento de dois princípios: o da igualdade e o da legalidade, que são extremamente essenciais dentro da temática a ser abordada.

A revolução Francesa de 1789 deu uma das maiores conquistas para a sociedade moderna, a igualdade. Colocou em posição de desfavorável o poder absolutório monarquista e inspirou as nações a lutarem pelos ideais dos direitos fundamentais (MELLO, 2003).

Resultada desse período, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seus dezessete artigos, trouxe a máxima de que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Um documento de expressa e notória importância, principalmente por ter dado fundamento e influenciado na elaboração da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1928, surgida como respostas às barbáries das guerras mundiais (MELLO, 2003).

Tais documentos foram expressamente importantes na elaboração de vários tratados mundiais e na criação de normas jurídicas em muitos países de regime democráticos e monárquicos (ALEXY, 2008).

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não foi diferente, em seu artigo 5º, caput, já há a previsão de que todos são iguais perante a lei,

e no artigo 19, veda a criação de distinção entre brasileiros ou preferência entre si por entes políticos (BRASIL, 1988).

A Carta Magna, em diversos momentos reafirma e proclama o preceito fundamental da igualdade e impõe ao Estado esse princípio para a elaboração das normas jurídicas infraconstitucionais e para criação e manutenção das políticas públicas. Nosso ordenamento distingue a igualdade de forma matéria e formal (MELLO, 2003).

A igualdade formal dispõe do conceito de que todos são iguais perante a lei, vindo dos Iluministas, dando ênfase e impondo as verdadeiras obrigações negativas ou de abstenção do Estado, em razão das políticas públicas e econômicas (ALEXY, 2008).

Tendo sua origem dentro dos movimentos socialistas, a igualdade material busca na redução das desigualdades sociais a equidade. Uma frase de Aristóteles exemplifica bem esse momento “tratar os iguais de forma igual e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade” (ALEXY, 2008).

Necessariamente, para haver qualquer tipo de julgamento em ambos os lados, se faz necessário o aporte de sólidas teorias para operacionalizar essa estrutura de Direito entre o igual e o desigual, bem como a sua distinção e fundamentação (MELLO, 2003).

A fim de evitar desgastes com o princípio da igualdade, a política pública e as normas precisam de critérios para que abranja todas as categorias de pessoas e seus “bens” jurídicos indisponíveis, dando oportunidades de acesso legal a todos os indivíduos aos meios legais, sendo que, em casos específicos há a necessidade de critérios discriminadores, dando a possibilidade da equidade em casos notoriamente justificados (MELLO, 2003).

Ainda, reforçando esse entendimento, Barros (2015) entende que “enquanto antes buscava-se que a lei não criasse ou permitisse desigualdades, agora pretende-se que a lei cumpra a função de promover igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal.”.

No caput do artigo 5º, da Constituição de República Federativa de 1988, estabelece todo o arcabouço complexo que envolve a terminologia de igualdade e equidades, e só reafirma a distância que se tem entre a igualdade formal e a material, não conferindo tratamento idêntico a todos os sujeitos da sociedade para não aumentar as desigualdades existentes (BRASIL, 1988).

A Carta Magna é uma conjunção dos direitos de primeira e segunda geração (liberdade e igualdade), desse modo possibilita que haja o alcance maior para que a igualdade material seja conquistada (MELLO, 2003).

Para Cavalcanti (2012), ao se trabalhar o princípio da igualdade, tem-se que o mesmo acaba exercendo várias funções, onde acaba “servindo ora como vetor de interpretação para a orientação dos mais diversos operadores do Direito, ora como forma de suplementar lacunas existentes em normas, ora, ainda, como fundamento de direitos especiais previstos em regras” (p. 73).

Assim, em se tratando do princípio da igualdade, é importante ressaltar o artigo 227, § 6º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

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

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

Com isso, entende-se que não pode haver discriminações entre os filhos, sejam eles biológicos ou adotivos, uma vez que ambos possuem os mesmo direitos e qualificações.

Por este motivo é que há discussão no mundo jurídico acerca da situação do filho adotivo, uma vez que, conforme acima citado, a lei o considera igual ao filho consanguíneo, e por isso os argumentos giram em torno de que houve uma inobservância do legislador ao não inserir o filho adotado (parentesco civil) ao tipo penal do inciso VII, §2º, do Código Penal.

4. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Com duas correntes doutrinárias divergentes sobre o surgimento do princípio da legalidade, não desabona sua importância a tornando passível de escolha dentro do ordenamento jurídico. Criado para evitar abusos de Estados autoritários e absolutistas, esse princípio, para o Direito Pena, presente em seu artigo 1º, também aparece claramente no artigo 5º da Constituição de 1988, inciso XXXIX, prevendo que não haverá crime sem lei anterior que o defina, tampouco pena sem prévia previsão legal (BRASIL, 1988).

Na primeira corrente, não se tem a noção correta da época histórica do surgimento do princípio da legalidade, sabe-se apenas, que é aceito para afastar condutas obscuras de governos autoritaristas (NOVELLI, 2014). Em contraponto, a

segunda corrente, nasce na Inglaterra com a criação do Estado de Direito após o fim do Estado absolutista (BITENCOURT, 2017).

Entretanto, Greco (2017) enfatiza que foi na Revolução Francesa que o princípio da legalidade atingiu o esperado pelo Direito Penal, como se verificou dos artigos 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Novelli (2014) divide esse ensinamento em duas partes, princípio da legalidade ampla e princípio da estrita legalidade:

O princípio da legalidade ampla, ‘como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal’. E o princípio da estrita legalidade “como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados ‘verdadeiros’ dos fatos processualmente comprovados” (NOVELLI, 2014, p. 125).

A adoção da legalidade como garantia de segurança jurídica, contra abusos de Poderes, está bem fundamenta nos preceitos postulados pelos Iluministas, e protege a sociedade para não ser submetida ao poder punitivo do Estado, sem que tenha lei formal anterior estabelecida (NOVELLI, 2014).

Ademais, Bitencourt (2017) enfatiza que o princípio da legalidade incide diretamente no fato de que o Estado e a Legislação são os responsáveis por criar as normas incriminadoras, sendo, para tanto, necessário precisar o que viria a ser considerado como crime, obtendo-se assim, a garantia política de que nenhum indivíduo da sociedade poderá ser submetido ao poder de punição do Estado, a não ser com fundamento em legislações formais que foram resultado de uma discussão democrática em que houve concordância.

Dada a sua importância, é praticamente impossível não verificar a presença do princípio da legalidade ante os mais variados campos do direito. A vista disso, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, torna-se visível que o princípio da legalidade visa proporcionar a maior segurança possível aos indivíduos, colocando limites ao poder estatal, tendo o Estado direito de punir o indivíduo somente quando estiver descrito na legislação.

O princípio da igualdade deveria proporcionar essa mesma segurança jurídica, e para isso é preciso desvendar o aludido princípio, uma vez que deve se tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, para que realmente se atinja o fim esperado do.

5. DO HOMICÍDIO FUNCIONAL

A Lei nº 13.142/15 trouxe mudanças relevantes no cenário penal brasileiro, modificando três importantes artigos da legislação penal, sendo: Artigos 121 e 129 do Código Penal e o artigo 1º da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Qualificou o homicídio contra os policiais ou agentes de segurança pública e seus familiares em razão da função exercida, tornando a pena maior. As mudanças não ficaram restritas apenas ao crime de homicídio, foi modificado também em relação ao crime de lesão corporal, porém no presente artigo será abordado somente a questão do homicídio funcional.

A compreensão dos princípios da legalidade e da igualdade tornou-se fundamental para que fossem observados os sujeitos passivos do crime de homicídio, desde que considerada a qualificadora do homicídio funcional constante no § 2º, inciso VII, do artigo 121 do Código Penal.

Nesse sentido, Souza e Veloso (2017) acreditam que essa qualificadora vem de encontro com os desejos sociais, ante ao alto número de homicídios praticados, especialmente contra policiais.

Com isso, ao abarcar as questões do homicídio funcional, torna-se importante mencionar a qualificadora presente no § 2º do artigo 121 do Código Penal, em que:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos. [...]

Homicídio qualificado

§ 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 (BRASIL, 1940).

Jesus (2015), sobre a natureza jurídica da referida qualificadora, afirma que ela é entendida como “subjetiva (‘no exercício da função’, ‘em decorrência dela’ ou ‘em razão dessa condição’ [...]), não se relacionando com o meio ou modo de execução do fato, casos nos quais seria objetiva” (p. 02).

Damásio de Jesus (2015) ainda assevera que o sujeito ativo do crime pode ser qualquer indivíduo, mas que, ao envolver os sujeitos passivos, os mesmos podem ser considerados como vítimas do crime, desde que estejam inseridos nos artigos 142 e 144 da Lei Maior.

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 (BRASIL, 1988).

Ainda, o legislador considerou como sendo sujeitos passivos o companheiro ou companheira e parentes consanguíneos até o 3º grau dos agentes, ou seja, avó, avô, mãe, pai, entre outros.

Em síntese, caso o agente ceife a vida de uma das autoridades apontadas nos artigos acima citados, em razão da função que estas exercem, ou mate seus familiares descritos na norma, tendo em vista a função exercida pela autoridade, cometerá homicídio, porém terá sua pena qualificada pela qualificadora inserida no artigo 121 do Código Penal pela Lei nº 8.072/1990.

6. BINÔMIO: PROTEGER FUNÇÃO VERSUS VIDA

Com a promulgação da Lei 13.142, de 6 de julho de 2015, há a transformação do homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal vigente, praticado contra autoridade ou agente, com previsão legal nos artigos 142 e 144 da Carta Maior, integrantes da Força Nacional de Segurança Pública, participantes do sistema prisional nacional, dentro do exercício de sua função ou razão dela, ou até mesmo contra seus cônjuges ou parentes de até terceiro grau consanguíneos (VELOSO, SOUZA, 2017).

Assegurou-se de forma desigual a proteção da função laboral e não a vida em si, dentro deste texto Lei. Notoriamente o Estado se deteve de maior preocupação com os entraves jurídicos de função do que com a preservação da vida com investimentos eficazes para o controle real da criminalidade no país. (ROMANO, 2015).

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2016 informou que no ano de 2015, 358 (trezentos e cinquenta e oito) policiais brasileiros foram assassinados.

Dentro das hipóteses para que a qualificadora do homicídio funcional seja reconhecida, o crime deve existir em decorrência do cargo ocupado pelo agente, e o agente praticante do delito deverá deter para si o conhecimento da função da vítima escolhida. Caso a vítima não se encontre em período de serviço, porém o agente cometa

o crime em razão da função da vítima, por motivo de vingança, por exemplo, estará também configurada a qualificadora do homicídio funcional.

Destarte, restou amplamente claro que a vida não foi o bem jurídico preservado pela norma, priorizou-se o cargo público dos agentes elencados nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, tendo em vista que a lei foi resposta penal frente à grande criminalidade cometida contra os agentes e policiais que atuam no combate à violência todos os dias no Brasil.

7. DA DISCUSSÃO E CONFLITO DE TESES NA COMUNIDADE JURÍDICA

Inicialmente cabe destacar, que Espíndola (2002), ao se tratar da conceituação de princípio no Direito, adverte que se deve compreender suas significações para fora da esfera jurídica, para que, posteriormente, perscrute-se as diferentes doutrinas da Ciência Jurídica. Nesse sentido, evidencia-se que existe a necessidade em se detalhar a configuração dos predicados de sua normatividade, no interior do sistema jurídico positivo, assim como sua mudança de significado normativo.

O conceito de princípio, fora da esfera jurídica “deriva da linguagem da geometria, ‘onde designa as verdades primeiras’, (...). Exatamente por isso são ‘princípios, ou seja, ‘porque estão ao princípio’, ‘sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve more geométrico”. (BONAVIDES, 2004, p. 53).

Ademais, vale enfatizar que a ideia de princípio ou quanto a sua conceituação “seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam se reconduzem e/ou se subordinam”. (ESPÍNDOLA, 2002, p. 53).

Celso Antônio Bandeira de Mello (1991) assevera que:

princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 1991, p. 230).

Em síntese, Espíndola (2002), afirma que a conceituação de princípio é utilizada de diversas formas na Ciência Jurídica e não é algo benéfico, isso porque pode haver confusão e equívocos, podendo levar até mesmo a sonegação da prática jurídica.

A luz disso é necessário que sejam avaliadas as diferenças entre os princípios e as regras, as vistas das normas jurídicas, para que sejam sanados quaisquer equívocos presentes em seus entendimentos.

De acordo com Barroso (2004, p.15) existe uma grande diferença entre princípios e regras, onde as regras “são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações”.

Por outro lado, os princípios, “contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações” (LEMOS JORGE, 2015, p. 53).

Segundo Alexy (2008) a doutrina, de modo geral, assevera que a diferença existente entre regras e princípios, relaciona-se com a distinção entre duas espécies de norma. Vale informar que uma das diferenças diz respeito ao critério da generalidade. Nesse sentido, os princípios seriam normas com certo grau de generalidade alto e as regras, seriam com um grau mais baixo.

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Além disso, é essencial que seja compreendida a significância do termo homicídio funcional. Conforme Jesus (2015), o referido homicídio envolve “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” (p. 1).

Sendo assim, ao envolver a questão do homicídio funcional em relação ao filho adotivo, Bitencourt (2017) assevera que, de acordo com o princípio da legalidade, o fato de o mesmo não utilizar expressões vagas, implicaria em dizer que filho adotivo não seria visto como sujeito passivo do crime.

Por outro lado, Veloso e Souza (2017), informam que existem duas vertentes de pensamentos, uma delas considera os filhos adotivos como sendo pertencentes a qualificadora do homicídio funcional e a outra vertente, não considera esse pertencimento. Assim sendo, a primeira vertente, em consequência do princípio da

legalidade e da limitação do tipo, não estende aos filhos adotivos, a qualificadora, sendo válida apenas para os parentes consanguíneos.

Assim, entende-se que se fosse para o filho adotivo ser considerado como sujeito passivo do homicídio funcional deveria ter sido inserido expressamente no tipo penal, porém não foi isso que ocorreu, pecando assim o legislador ao omitir-se em relação ao parentesco civil. Assim, não se pode fazer uma interpretação extensiva da referida norma, uma vez que contrariaria totalmente o princípio da legalidade.

Com o mesmo entendimento de não ser possível enquadrar o filho adotivo como vítima do homicídio funcional, André (2015) entende que existem três tipos de parentesco no Direito Civil, quais sejam: parentesco consanguíneo ou natural (decorrente do vínculo biológico); parentesco por afinidade (decorrente do casamento ou da união estável); parentesco civil (decorrente de outra origem que não seja biológica nem por afinidade).

Verifica-se, portanto, que o filho adotivo enquadra-se como parentesco civil, portanto não pode ser considerado sujeito passivo do homicídio qualificado pelo inciso VII, do §2º, do artigo 121, do Código Penal, mas apenas pode ser vítima do homicídio simples ou de outra qualificadora, como por exemplo, motivo torpe.

Entende ainda o autor André (2015) que deveria ter sido utilizada somente a expressão “parente” para poder enquadrar o filho adotivo (parentesco civil), e ainda ressalta que tendo em vista o princípio da igualdade deveria ser reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo, porém mesmo que seja reconhecida a inconstitucionalidade, não é possível alterar para o termo parente ou acrescentar “parentesco civil”, uma vez que haveria analogia in malam partem.

O grande doutrinador penal Damásio de Jesus (2015) se posiciona no mesmo sentido de não ser possível que o filho adotivo seja reconhecido como sujeito passivo do homicídio funcional (art. 121, §2º, inciso VII, do CP), salvo por outra qualificadora, bem como entende que os parentes por afinidade (sogro, nora, cunhado, madrasta, entre outros), também não se enquadram na referida qualificadora.

No mesmo sentido, o nobre escritor e doutrinador Rogério Greco (2017) discorreu em sua obra jurídica, que se for praticado um homicídio contra o filho adotivo de um agente estatal, em razão de sua função, não será possível aplicar a qualificadora do homicídio funcional, tendo em vista que o filho adotivo não possui o vínculo consanguíneo que é exigido pela lei (art. 121, §2º, VII, do CP), e caso fosse aplicada a referida qualificadora, estaria utilizando-se de analogia in malam partem.

Com entendimento minoritário a favor da aplicação da qualificadora do homicídio funcional ao filho adotivo, Rogério Tadeu Romano entendeu que a Carta Magna brasileira em seu artigo 227, § 6º, equipara os filhos adotivos aos filhos consanguíneos, uma vez

que o aludido artigo descreve que ambos têm os mesmos direitos, bem como não podem sofrer qualquer diferenciação nem discriminação.

Portanto, 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 (ROMANO, 2015, p. 03).

Dessa forma, não obstante, este entendimento minoritário a respeito de que é possível o enquadramento do filho adotivo (parentesco civil) como sujeito passivo do homicídio funcional tendo como referência o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988, não é o entendimento que deve prevalecer, uma vez que ao enquadrá-lo como vítima estaria se utilizando de analogia in malam partem contra o autor do delito, o que é expressamente vedado no Direito Penal.

Ademais, o princípio da legalidade seria desrespeitado, uma vez que não está escrito expressamente na norma penal “parentesco civil”, não podendo os operadores do direito utilizar-se de analogia in malam partem, conforme mencionado acima. Assim, nesse caso, destaca-se o princípio da legalidade em relação ao princípio da igualdade, pelo fato de o filho adotivo não ficar desamparado pela legislação, mesmo porque a conduta do sujeito ativo em relação ao filho adotivo pode ser enquadrada como homicídio simples, ou homicídio qualificado por outra circunstância que não seja a qualificadora em comento.

8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que existe, majoritariamente, um entendimento de que o filho adotivo, em relação ao homicídio funcional, não deve ser considerado pertencente às vítimas, ou seja, não deve ser aplicada a qualificadora do inciso VII, §2º, do Código Penal, isso por conta do que é expresso no princípio da legalidade. Contudo, surgem algumas críticas a respeito desse pensamento, especialmente pela omissão do legislador, fato este fundamentado no princípio da igualdade.

Nesse sentido, os doutrinadores, em sua grande maioria, embasam-se no que está expresso no Código Penal, de acordo com o princípio da legalidade, assim como, na inadmissibilidade da analogia in malam partem, ao considerar o não enquadramento do filho adotivo na qualificadora.

Conforme abordado no presente artigo, o legislador ao criar a qualificadora do homicídio funcional visou tutelar a função dos agentes elencados nos artigos 142 e 144 da Carta Magna, não colocando assim, em desigualdade o filho adotivo em relação ao filho consanguíneo, uma vez que o bem jurídico tutelado não é a vida.

É com o argumento no princípio da igualdade que a corrente minoritária entende que o filho adotivo deve ser considerado como vítima do homicídio funcional, uma vez que o filho adotivo tem os mesmos direitos que o filho consanguíneo possui, porém como dito acima, a norma visa tutelar a função pública dos agentes elencados na lei. Dessa forma, o filho adotado não estará desamparado pela lei, pois caso seja vítima de

homicídio por ser filhos de um dos agentes, o autor do crime responderá por homicídio torpe por exemplo.

Embora o posicionamento mais coerente com a lei seja de que o filho adotivo não seja considerado vítima do crime de homicídio funcional, o legislador poderia sim ter colocado expressamente "parente", englobando assim, o filho adotivo (parente civil).

Ademais, não há ainda nem um posicionamento dos Tribunais Estaduais e Superiores, que deverão decidir as questões e casos que virão a ser discutidos em relação à qualificadora do homicídio funcional introduzida pela Lei 13.142/2015 no §2º do Código Penal, e deverão se posicionar através da jurisprudência.

Enfim, embora o posicionamento que entende que o filho adotivo deve ser incluído como vítima do homicídio funcional tenha certa razão em relação ao princípio da igualdade, o princípio da legalidade se sobrepõe, pois não pode ser feita analogia in malam partem contra o sujeito ativo do crime, sendo este o entendimento mais correto ante ao objeto jurídico protegido pela norma.

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros. 2008.

BARROS, F. D. **Parte II - Continuando as alterações no código penal**. 2015. Disponível em: <<https://www.euvoupassar.com.br/artigos/detalhe?a=parte-ii-continuando-as-alteracoes-no-codigo-penal>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6º. ed. rev., atual. e ampl.-São Paulo: Editora Saraiva. 2004.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 23ª Ed. Editora: Saraiva. 2017.
BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 14a ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2004.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

_____. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 15 de junho de 2018.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico. 1988

_____. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de Princípios Constitucionais: Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2º. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2001.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2015. São Paulo: ano 9, 2015, p. 6.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

GRECO, R. **Código Penal: Comentado**. 11 ed. Niterói: Editora Impetus. 2017.

JESUS, D. E. Homicídio Funcional: primeiras ideias. In: **Carta Forense**, 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/homicidio-funcional—primeiras-ideias/15642>>. Acesso em: 16 de junho de 2018.

LEMOS JORGE, P. A. **A não cumulatividade no ICMS**. 1ª ed. São Paulo: Editora Baraúna. 2014.

MELLO, C. A. B. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. 11ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros. 2003.

NOVELLI, R. F. A teoria do garantismo penal e o princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v.16, n. 31. 2014. Disponível em: http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf Acesso em: 17 de junho de 2018.

POPINHAK, C. A. **Análise do Princípio da Igualdade**. Conteúdo Jurídico. 2014. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.49443>>. Acesso em: 14 de junho de 2018.

PUSEBON, I. Z. **A situação jurídica do filho adotivo no homicídio funcional: legalidade versus igualdade**. Artigos Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58507/a-situacao-juridica-do-filho-adotivo-no-homicidio-funcional-legalidade-versus-igualdade>>. Acesso em: 05 de março de 2018.

ROMANO, R. T. Homicídio Funcional. In: **Jus Navigandi**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43883/homicidio-funcional>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.

VELOSO, S. C. D. L.; SOUZA, P. O. A. Lei nº 13.142/2015: Aplicabilidade e as omissões legislativas. In: **Jus Navigandi**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56048/lei-n-13-142-15-aplicabilidade-e-as-omissoes-legislativas>>. Acesso em: 12 de junho de 2018.