



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE TEÓFILO OTONI/MG

MARIA LUÍZA DOS SANTOS AMORIM

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL 13.142/2015 POR NÃO
PROMOVER ISONOMIA ENTRE FILIAÇÃO**

TEÓFILO OTONI

2019

MARIA LUÍZA DOS SANTOS AMORIM

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL 13.142/2015 POR NÃO
PROMOVER ISONOMIA ENTRE FILIAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio
Carlos – FUPAC, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador Alex Soares de Barbuda
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni

Prof. Avaliador Thalles Da Silva Contão
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni

Prof^a. Avaliadora Carla de Almeida Gonçalves
Faculdade Presidente Antônio Carlos de Teófilo Otoni

A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL 13.142/2015 POR NÃO PROMOVER ISONOMIA ENTRE FILIAÇÃO

Maria Luíza dos Santos Amorim *, Alex Soares de Barbuda **

Resumo

O presente artigo busca analisar a possível existência de inconstitucionalidade na Lei nº 13.142/2015, no que concerne aos quesitos estabelecidos pela legislação e seu parâmetro com a Constituição Federal, realizando pesquisa bibliográfica no campo do Direito Penal, Civil e Constitucional, observando conceitos importantes para caracterização da possível inconstitucionalidade. É conceituado o homicídio funcional, apresentando os possíveis sujeitos passivos. Analisa os tipos de parentescos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim como o instituto da adoção. Apresenta o princípio da igualdade previsto na Constituição. Apresenta os entendimentos doutrinários no que se refere à possibilidade da inconstitucionalidade da Lei Federal 13.142/2015, através da análise do instituto do controle de constitucionalidade para melhor entendimento do presente tema. Por fim, concluir que por se tratar de um direito imposto pela Carta Magna, tal lei deveria ser considerada inconstitucional por ferir o princípio da isonomia entre filiação. Por fim, conclui-se pela inconstitucionalidade da Lei 13.142/15, que viola o art. 227, § 6º da Constituição da República.

Palavras-chave: Lei Federal nº 13.142/2015. Princípios. Inconstitucionalidade. Parentesco.

1 Introdução

O presente artigo tem como tema principal “A possibilidade jurídica da inconstitucionalidade por omissão da Lei federal nº 13.142/2015 por não promover isonomia entre filiação”, com área de concentração no Direito Penal, Civil e Constitucional.

Foi desenvolvido através de cunho bibliográfico e documental, baseados em autores e documentos pertinentes à temática em questão, onde serão analisadas e compreendidas as condições técnicas e organizacionais do tema pesquisado.

Busca analisar quais são os aspectos trazidos por esta Lei. Qual o seu alcance e aplicabilidade. O quem destina proteção. Interpretando-a de forma a demonstrar sua possível inconstitucionalidade. Tendo como objetivo compreender e defender com base na Constituição Federal que não há distinção entre filhos adotivos e filhos consanguíneos.

* Estudante do 10º Período do curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos UNIPAC Teófilo Otoni – MG – e-mail: maluamorim21@gmail.com

** Professor de Ensino superior da Universidade Presidente Antônio Carlos UNIPAC Teófilo Otoni – MG – e-mail: alexbarbuda.unipac@hotmail.com

O presente trabalho busca explicar o que é o princípio da legalidade e quais as suas funções, com base na Constituição da República e no entendimento de conceituados autores.

Analisando a Lei Federal nº 13.142/2015 será demonstrado quais alterações promoveu no Código Penal e na Lei dos crimes hediondos, analisando os sujeitos do crime (ativo e passivo) e apresentando os tipos de parentescos dispostos no Código Civil. Também será abordado o tema da adoção.

Dissertará sobre o princípio da isonomia entre filhos, que com o advento da Constituição da República de 1988 passaram a ter direitos iguais (consanguíneos e adotivos). Cujo capítulo entenderemos o possível equívoco do legislador ao elaborar a Lei 13.142/15.

O tema controle de constitucionalidade será abordado para, por fim, aventar a inconstitucionalidade da Lei 13.142/2015 por omissão.

Desta maneira, a temática abordada tem por objetivo analisar e demonstrar que com o aumento da violência voltada aos agentes de segurança e seus familiares, trazendo esta lei um agravante para os crimes funcionais aos autores de crimes de homicídio cometidos contra servidores no exercício de sua função ou em razão dela, assim como seus familiares que estão arrolados na lei 13.142/2015, não podendo então baseado no princípio da isonomia fazer distinção e ser omissa quando de forma taxativa e expressa exclui os filhos adotivos ferindo o artigo 227 § 6º da Constituição Federal.

2 Princípio da legalidade

Durante séculos o povo brasileiro sofreu com as cruéis punições com penas sanguinárias e torturas, somente vindo a pôr fim nessa crueldade com a consagração do princípio da legalidade que surgiu com o iluminismo com o apoio de alguns filósofos. Todas as Constituições brasileiras adotaram o princípio da legalidade, com exceção da Constituição de 1937, conhecida como Polaca, de caráter autoritário e que dava ao governo poderes ilimitados (SANCHES, 2015, p. 81-82).

Afirma Capez (2011, p. 58) em sua obra de direito penal, que o princípio da legalidade tomou força com o apoio dos filósofos, que:

Em 1762, com a Teoria do Contrato Social, de Rousseau, o princípio da legalidade teve um grande impulso: o cidadão só aceitaria sair de seu estado natural e celebrar um pacto para viver em sociedade, se tivesse garantias mínimas contra o arbítrio, dentre as quais a de não sofrer punição, salvo nas hipóteses previamente elencadas em regras gerais, objetivas e impessoais. Dois anos mais tarde, em 1764, o marquês de Beccaria, em sua consagrada

obra *Dos delitos e das penas*, influenciado por Rousseau, escrevia: “só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social”.

A ideia de Rousseau, concatenada anos mais tarde por Beccaria nada mais é dizer que o homem cede parte de sua liberdade submetendo-a ao arbítrio do Estado (numa espécie de contrato). Este em contrapartida, através de seu poder de império, elaborando as leis, garante à sociedade uma convivência sadia e pacífica daqueles que se submetem ao regime.

O princípio da legalidade defende os direitos e garantias do cidadão, estabelecendo que não existe crime que não esteja previsto em norma legislativa. O princípio da legalidade está disposto do Art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, *in verbis*: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (BRASIL. Constituição, 1988).

Tal princípio está dentro da teoria da norma, é um princípio exposto, disposto no artigo 1º do Código Penal, adotado a fim de reduzir o poder de punir do Estado. Dispõe o artigo 1º do código penal que: “*não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”.

Consoante o pensamento do Rogério Sanches (2015, p. 82) quanto ao princípio da legalidade, destaca que:

Também advém da doutrina a ampliação que se dá à redação do artigo 1º do Código Penal (“*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”). Justamente por ser este postulado uma conquista do indivíduo contra o poder de polícia do Estado, onde se lê “crime”, deve-se interpretar “infração penal”, englobando, portanto, as contravenções penais; onde se lê “pena”, por sua vez, deve-se ler “sanção penal”, incluindo as medidas de segurança.

Nesse sentido a palavra “crime” se estende também às contravenções penais, vez que contravenção penal deve ser definida através de lei anterior, bem como expressão “pena” não exclui medidas de segurança, pois não há medida de segurança sem prévia cominação legal.

Há autores que entendem que o princípio da legalidade é equivalente ao princípio da reserva legal. Para Greco (2010, p. 27), há diferença entre o princípio da legalidade e da reserva legal, segundo ele:

Falando-se em princípio da legalidade estaríamos permitindo a adoção de quaisquer dos diplomas elencados no artigo 59 da Constituição (lei ordinária, lei complementar, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo, resoluções), OU SEJA, LEIS MATERIALMENTE CONSIDERADAS. Por

outro lado, quando fazemos menção à reserva legal, limitamos a aceitação às espécies tidas como LEIS FORMALMENTE CONSIDERADAS, ou seja, que respeitam o procedimento legislativo próprio das leis ordinárias (incluídas as leis complementares).

Nesse caso, a reserva legal podemos afirmar que ser a legalidade em sentido estrito, sendo reservada apenas por lei ordinária ou lei complementar, editada pelo congresso nacional.

Conclui-se portanto que o princípio da legalidade nada mais é aquilo que é legal, ou seja, que está previsto em lei devidamente elaborada pelos representantes do povo. Tem a finalidade de por freios ao poder de polícia do Estado quando este agir contra o cidadão na aplicação de toda e qualquer sanção.

De modo geral podemos dizer que a principal função do princípio da legalidade é limitar o poder estatal de intervir na vida de um indivíduo e impedir que seja punido sem o devido processo legal.

3 Homicídio funcional

Tipificado no art. 121 do Código Penal Brasileiro, o homicídio, é talvez o ato criminoso mais grave, pois consiste em retirar de alguém o bem mais precioso que temos: a vida.

A Polícia no Brasil é uma Instituição se divide em diferentes tipos e funções. As polícias são órgãos do Estado que têm a finalidade constitucional de preservar a ordem pública, de proteger pessoas e o patrimônio, e realizar a investigação e repressão dos crimes, além do controle da violência.

Nos últimos anos o número de policiais mortos no Brasil aumentou consideravelmente. Devido ao aumento dessa violência contra agentes de segurança pública, surgiu uma *novatio legis* com o objetivo de aviar ilícitos praticados em desfavor de tais agentes. Pelo grande número de mortes de policiais em serviço ou em razão da profissão, no dia 06 de julho 2015 foi promulgada a Lei Federal nº 13.142/2015, com o objetivo de, em tese, coibir crimes praticados contra autoridades, agentes de segurança pública ou contra seus familiares (BITENCOURT, 2015).

É importante ressaltar que somente será considerado homicídio funcional quando o crime for praticado contra o sujeito passivo em razão da condição de ser agente de segurança pública ou parente deste, ou seja, em razão da função que ocupa.

A referida lei modificou o Código Penal em seus artigos 121, § 2º e 129, § 2º e § 3º, bem como a Lei nº 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), passando a serem considerados hediondos o homicídio, a lesão corporal dolosa gravíssima e/ou seguida de morte contra autoridades, agentes de segurança pública ou contra seus familiares. É de suma importância destacar que antes da promulgação desta lei, os crimes praticados contra estes sujeitos passivos eram agravados, mas só se tornaram qualificados depois da publicação da mesma (SANCHES, 2017, p. 71).

Aprofundando mais no texto da lei, vemos que a mudança feita no artigo 121 § 2º do Código Penal foi o acréscimo do inciso VII, que diz que se o homicídio é cometido:

(...) contra autoridade ou agente descrito nos artigos 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.

Os arts. 142 e 144 da CRFB trata, respectivamente, das Forças Armadas e da Segurança Pública. Logo a Lei 13.142/15, ao alterar o art. 121 do CP, tipificou como qualificado o homicídio praticado contra agentes de segurança no exercício da função ou em razão dela.

Da mesma forma foi alterado o artigo 129, §§ 2º e 3º do Código Penal Brasileiro, acrescentando o §12º, dispondo que:

Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos artigos 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, a pena é aumentada de um a dois terços.

Na Lei nº 8.072/90 foi alterado o art. 1º sendo acrescentado o inciso I-A, classificando como crime hediondo o homicídio funcional, *in verbis*:

Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º), quando praticadas 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;

Portanto, em razão da crescente e preocupante vitimização de agentes policiais em trabalho e/ou em razão da função bem como de seus familiares o Poder Legislativo editou a Lei 13.142/15, com o fim de diminuir a triste estatística punindo com mais gravidade e veemência os autores de homicídios contra tais profissionais.

3.1 Sujeito ativo

Sabe-se que o sujeito ativo no direito penal, nada mais é do que o autor da infração penal, com idade superior a 18 anos, capaz de responder por seus atos.

Para Luiz Régis Prado (2011, p. 258) o “sujeito ativo, autor, ou agente, é todo aquele que realiza a ação ou omissão típica, nos delitos dolosos ou culposos. Ou seja, é aquele cuja atividade é subsumível ao tipo legal incriminador”.

É possível assim dizer que, o sujeito ativo, é o agente previamente definido como o possível autor do ato ilícito penal, que é em regra, a pessoa física. Esse entendimento é aplicado, não apenas ao agente que pratica o núcleo da figura típica do crime, ou seja, aquele que mata, subtrai, furta; mas também, o partícipe que de alguma forma direta ou indiretamente, contribui para a conduta típica, mesmo sem executar atos efetivos que dão origem a ação criminosa.

Quando se tratar de sujeito ativo pessoa física, ou jurídica, como especificado na Constituição da República art. 225, apenas são levados em conta para este enquadramento, os crimes ambientais.

Paulo José da Costa Júnior e Fernando José da Costa afirmam (2010, p. 15) que:

Por vezes, o sujeito-agente deverá ser qualificado, ocupando determinada posição social, ou dotado de certo status, como por exemplo ser funcionário público no peculato, cônjuge na bigamia, ou desfrutar de determinada situação fática, como a mulher grávida no aborto. Nessas hipóteses apresenta-se a figura do crime-próprio, que se contrapõe àquela do crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, qualificada ou não. Costuma-se distinguir o crime próprio exclusivo, em que a execução importa na intervenção pessoal do agente designado pela lei, do crime próprio não exclusivo, que admite a figura do extraneus, que age em concurso com o sujeito qualificado.

Expediente clássico adotado pela doutrina majoritária de classificação dos crimes. O crime comum contrapõe-se ao crime próprio, que é aquele que só pode ser cometido por

uma determinada categoria de pessoas, pois pressupõe uma particular condição ou qualidade pessoal do agente. O peculato, por exemplo, só pode ser praticado por funcionário público.

Sendo assim, é correto afirmar que é o autor quem realiza ou executa o ato central do tipo penal. Seu coautor apenas contribui conjuntamente para a conduta criminosa do agente ativo. O partícipe em contrapartida, auxilia o crime sem tomar partido na execução do ato criminoso.

3.2 Sujeito passivo

O sujeito passivo é a pessoa que sofre consequências do ato ilícito praticado em seu desfavor. Nesse caso a Lei 13.142/15 especifica quem são os sujeitos passivos do crime, qual seja, aqueles agentes dispostos nos artigos 142 e 144 da Constituição da República, seu cônjuge ou companheiro e parentes consanguíneos até terceiro grau.

Dispõe o artigo 142 da Constituição da República de 1988:

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.

E no artigo 144 da Constituição da República de 1988 temos:

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. [...]

Da leitura destes dois dispositivos da Carta Constitucional infere-se que a referida Lei 13.142/15 veio tutelar os agentes membros das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) bem como dos agentes da segurança pública, bem como seus familiares.

Cabe aqui a discussão acerca do enquadramento de guardas municipais como sujeitos tutelados pela lei em comento, mas o legislador deixou clara essa possibilidade. Os guardas municipais são citados no § 8º do artigo 144 da Constituição Federal, nesse caso, por

analogia, poderia considerar que membros do sistema prisional também fazem parte da segurança pública.

O posicionamento de Sanches (2015, p. 72), com relação à qualificação no que se refere aos agentes do sistema prisional, foi que:

c) integrantes do sistema prisional: aqui estão abrangidos não apenas os agentes presentes no dia-a-dia da execução penal (diretor da penitenciária, agentes penitenciários, guardas, etc.), mas também aqueles que atuam em certas etapas da execução (comissão técnica de classificação, comissão de exame criminológico, conselho penitenciário etc.). E não poderia ser diferente. Imaginemos um egresso que, revoltado com os vários exames criminológicos que o impediram de conquistar prematura liberdade, buscando vingar-se daqueles que subscreveram o exame, contra eles pratica homicídio. Parece evidente que o crime de homicídio, além de outras qualificadoras (como a do inciso II), será também qualificado pelo inciso VII.

Aqui ousou discordar do ilustre professor Sanches, pois desta forma, se for considerar todas as ramificações, não só do sistema prisional, mas, por exemplo, da polícia civil, teríamos que estender essa proteção trazida pela lei, aos peritos que de alguma forma prejudicar o acusado e vir a ser vítima de homicídio em razão de seu cargo. Seria abrir demais um leque, onde a aplicabilidade da lei deve se restringir aos agentes que trabalham diretamente com os possíveis sujeitos ativos.

Quanto aos integrantes de segurança viária também se enquadram a esta modalidade como agente passivo, vez que também estão elencados no artigo 144, § 10 da Carta Magna: “a segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas” (BRASIL, 1988).

Neste mesmo sentido o professor Sanches (2015, p. 72) entende que:

A nosso ver, também está abrangido pela qualificadora, pois, a exemplo do que ocorre com os guardas civis, o art. 144 da Constituição Federal, § 10, dispõe que "A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: I- compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e II- compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.

Quanto aos integrantes da Força Nacional de Segurança Pública, seguindo o mesmo doutrinador supracitado, entende-se que se enquadrariam aos sujeitos passivos do crime em questão, Sanches (2015, p. 73) dispõe que:

Integrantes da Força Nacional de Segurança Pública: o Departamento da Força Nacional de Segurança Pública ou Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), criado em 2004, com sede em Brasília/DF, é um programa de cooperação de segurança pública brasileiro, coordenado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), do Ministério Da Justiça. É, em resumo, um agrupamento de polícia da União que assume o papel de polícia militar em distúrbios sociais ou em situações excepcionais nos Estados brasileiros, sempre que a ordem pública é posta em situação concreta de risco. É composta pelos quadros mais destacados das polícias de cada Estado e da Polícia Federal.

Constando do rol do art. 144, no seu § 10, os membros da segurança viária também estão abrangidos na Lei 13. 142/15, bem como os integrantes da Força Nacional de Segurança, que é composta por policiais militares, civis, bombeiros militares e peritos dos Estados e do Distrito Federal.

O cônjuge, o(a) companheiro(a) e parentes consanguíneos até o terceiro grau, de membros da Segurança Pública ou das Forças Armadas que forem vítimas de homicídio em no exercício da função ou em razão dela, também se enquadram na Lei em comento, e seus algozes responderão por homicídio qualificado, nos termos do art. 121, § 2º, inciso VII do Código Penal.

Nesse sentido, entende Rogério Sanches (2015, p 73) que estes supracitados também se enquadram como sujeitos passivos do homicídio funcional, assim sendo:

e) contra cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até 3º grau de algum dos agentes acima mencionados: o crime de homicídio será punido mais severamente, de acordo com a Lei 13.142/15, quando cometido contra o cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até 3º grau dos agentes de segurança antes descritos. Alerta o legislador, entretanto, ser indispensável que o crime tenha sido praticado em razão dessa condição, ou seja, que o homicida tenha escolhido matar aquela vítima exatamente em razão da ligação familiar com o policial.

Para uma aplicação correta da Lei Federal 13.142/15 seria necessário acrescentar como vítima de homicídio funcional os filhos adotivos, uma vez que o legislador violou a Constituição Federal ao omitir os filhos adotivos que não tem relação consanguínea, mas tão somente civil e que a Constituição equipara aos filhos de sangue.

Nesse mesmo raciocínio temos o posicionamento de Bitencourt, expondo que:

A locução “parentes consanguíneos até 3º grau” abrange ascendentes (pais, avós, bisavós); descendentes (filhos, netos, bisnetos) e colaterais até o 3º grau (irmãos, tios e sobrinhos). Na verdade, a filiação adotiva cria uma relação de parentesco civil, que não se confunde com o parentesco consanguíneo, exigido na previsão legal da nova qualificadora do crime de homicídio. (BITENCOURT, 2015).

Ainda acerca do sujeito passivo vemos que o legislador apontou que apenas os parentes consanguíneos até o terceiro grau estão, em tese, são abrangidos pela Lei 13.142/2015. No entanto a Lei Maior iguala filhos adotivos aos filhos consanguíneos no que diz respeito à condição de filhos, com os mesmos direitos, expresso no seu artigo 227, § 6º:

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL. Constituição, 1988).

É claro o texto constitucional que são “proibidas quaisquer designações discriminatórias” entre os filhos adotivos ou não. Neste viés, é flagrante a inconstitucionalidade da Lei 13.142/15, uma vez que o legislador excluiu do rol de vítimas ou parentes de vítimas de homicídio funcional os filhos adotivos.

3.3 Tipos de parentesco

Esclarecendo a celeuma acima apontada é cediço que o parentesco é uma relação jurídica, um vínculo entre pessoas de forma natural, civil ou por afinidade. Ele é limitado através de graus, sendo que no antigo Código Civil, de 1916, a linha de parentesco iria até o sexto grau, mas no novo Código Civil o parentesco vai até terceiro grau. Parentesco não se confunde com família, pois embora cônjuges e companheiros são considerados como família, não são considerados parentes

Conforme o entendimento do professor Paulo Lôbo (2009, p. 184):

Para o direito, o parentesco não se confunde com família, ainda que seja nela que radique suas principais interferências, pois delimita a aquisição,

exercício e o impedimento de direitos variados, inclusive no campo do direito público.

Parentesco é um vínculo que une pessoas com vínculo num mesmo ramo ancestral, como pais, irmãos, primos, etc. A família é uma relação de parentesco por afinidade, que une pessoas de ramos diferentes em razão do casamento, como sogros, genros, cunhados, etc.

Quanto à sua classificação, o novo Código Civil reconhece o parentesco natural e o parentesco civil, disposto em seu artigo 1593: “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Para aqueles que interpretam a legislação, foi observado que o legislador comentou “outra origem” o que leva a entender que há outras formas de parentesco.

O Estatuto das Famílias, em seu artigo 9º dispõe que “parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade e da afinidade”. Ainda sobre esse tema, de acordo com Pablo Stolze (2011, p. 645):

O Estatuto das Famílias trata da matéria no seu artigo 10, *caput*. Neste, há, efetivamente uma distinção do tratamento legal ora vigente, pois inseriu expressamente a socioafetividade como uma das causas do parentesco. Assim, evitou-se a utilização do conceito aberto 'ou outra origem'. constante do art. 1.593 do Código Civil brasileiro, explicitando-se as três origens fundamentais do parentesco (consanguinidade, socioafetividade ou afinidade). Resta a dúvida, de relevância apenas teórica, sobre qual é a natureza do parentesco adotivo ou da fecundação heteróloga. Parece claro, em nosso pensar, que tudo aquilo que não decorrer da cognação ou da afinidade, deva ser considerado originado na socioafetividade, pois é o princípio básico das relações familiares (apud Alves Leonardo, 2009, p. 219).

Logo aos filhos adotivos aplica-se a classificação de relação socioafetiva, portanto, uma ramificação de parentesco, embora não consanguíneo, mas por afinidade de laços.

Como descreve o artigo 1.593 do Código Civil Brasileiro, há dois tipos de parentesco, qual seja, o natural e o civil, o que veremos adiante.

3.3.1 Parentesco natural

O artigo 1.593 do Código Civil dispõe que o parentesco é natural ou civil, sendo o parentesco natural derivado da consanguinidade, também chamado de parente biológico.

Nesse sentido, temos o entendimento de Rolf Madaleno (2016, p. 738) dizendo que:

Existem duas linhas de parentesco, a saber: *a)* a linha reta e *b)* linha colateral. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes (CC, art. 1.591). Chama-se linha descendente a série de graus ou gerações que unem o tronco comum com seus filhos, netos e demais descendentes (CC argentino de 2014, art. 532), e se chama linha ascendente a série de graus ou gerações que ligam o tronco com seu pai, avô e outros ascendentes (CC argentino de 2014, art. 531). Já na linha colateral os graus se contam igualmente por gerações, remontando desde a pessoa cujo parentesco se quer comprovar até o autor comum, e deste até o outro parente (CC argentino de 2014, art. 532), ou como ordena o artigo 1.592 do Código Civil brasileiro, *são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.*

No parentesco natural temos duas classificações, sendo a primeira o parentesco em linha reta, que são aqueles classificados quanto a descendência, sendo um descendente do outro, devendo ser consanguíneos.

O parentesco natural em linha colateral não descendem uns dos outros, são classificados por possuírem um ancestral em comum, por exemplo, os tios, primos, etc.

É de suma importância lembrar que os parentes em linha reta não são limitados, diferente do parentesco em linha colateral que se limitam até o quarto grau, conforme dispõe no artigo 1592 do código civil que “são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”.

Portanto o parentesco se diz natural quando o vínculo tem origem biológica ou consanguínea, ou seja, parentes naturais são os que nascem parentes, vez que compartilham elementos genéticos.

3.3.2 Parentesco civil

É considerado parentesco civil todo aquele não decorrente da consanguinidade. De acordo com o artigo 1.593 do Código Civil, o parentesco civil é aquele que resulte de qualquer outra origem.

O Código Civil de 1916 em seu artigo 336 estabelecia que “a adoção estabelece parentesco meramente civil entre o adotante e o adotado”, mas com o novo Código Civil o parentesco civil pode ser decorrente de outra origem distante da consanguinidade, gerando vínculo pelo afeto dos pais e filhos. Não especificou se seria só a adoção, entendendo alguns doutrinadores que a reprodução assistida heteróloga também entraria no parentesco civil.

Menciona Maria Berenice Dias em seu livro sobre direitos das famílias (2009, p. 317) que:

O desenvolvimento das modernas técnicas de reprodução assistida ensejou a desbiologização da parentalidade, impondo o reconhecimento de outros vínculos de parentesco. Assim, parentesco civil é o que resulta de qualquer outra origem que não seja a biológica. Não há como deixar de reconhecer que a concepção decorrente de fecundação heteróloga (1.597 V) gera parentesco civil.

Reprodução assistida heteróloga não se confunde com fecundação artificial homologa vez que este necessita de material biológico dos pais, não aceitando doação de terceiros, encaixando-se no parentesco natural por se tratar de consanguinidade, e a reprodução heteróloga supracitada por Maria Berenice Dias, diz respeito a doação embrionária para a concepção de um filho. Lembrando que para que haja efeitos jurídicos tem que haver o consentimento do casal. O novo código civil tratando-se da presunção de paternidade faz menção em seu artigo 1597, inciso V que presume-se filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Parentes civis são os que se tornam parentes pelo casamento ou pela união estável – chamados de parentes por afinidade – e os que se tornam parentes por desenvolver uma relação socioafetiva, como ocorre com a adoção.

4 Adoção

A adoção teve início no Brasil através do Código Civil de 1916 onde regulamentava que para adotar o adotante deveria ter no mínimo cinquenta anos de idade e estipulava também que deveria haver uma diferença de no mínimo dezoito anos entre o adotante e o adotado, o que dificultava o processo de adoção.

A adoção quando regulada pelo Código Civil de 1916 ocorria através de escritura pública, o que não se admite mais. Em 1990 foi sancionada a Lei nº 8.069 que regulamenta decisões quando se tratar de crianças e adolescentes, conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 47 dispôs que a adoção ocorrerá através de sentença judicial.

Conforme Caio Mario (2016, p.475) “a adoção é, pois, o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.

Quanto às espécies de adoção, Rolf Madaleno (2016, p. 959) relata que:

Existem duas espécies formais de adoção: a primeira delas prevista pela Lei n. 8.069, de 1990 (ECA), para os menores de dezoito anos, e a segunda

regulada pelo Código Civil e endereçada aos nascituros e aos maiores de dezoito anos, através de procedimento judicial de jurisdição voluntária, desaparecendo a modelagem da escritura pública exigida pelo artigo 375 do revogado Código Civil de 1916, convivendo ambas ao lado da denominada *adoção à brasileira* ou *adoção de complacência* e pela qual alguém registra filho de outrem como se fosse seu.

Portanto, existem no nosso ordenamento jurídico dois tipos de adoção: a plena, prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente para os menores de dezoito anos de idade ou maiores na hipótese prevista no artigo 2º, § único, e, a restrita, disciplinada pelo Código Civil, para os maiores de dezoito anos.

A Constituição da República de 1988 também disciplina os direitos fundamentais das crianças e adolescentes no seu art. 227. Estes direitos tem status de prioridade absoluta dado à criança e ao adolescente, uma vez que estão em peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento, cujo tema será tratado no próximo capítulo.

5 Princípio da igualdade entre filiação

Conforme dispõe na Constituição da República de 1988, art. 227, § 6º, “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, com o advento deste dispositivo é vedado a diferenciação entre filhos biológicos (consanguíneos) e filhos adotivos ou concebidos por inseminação heteróloga, cabendo direitos iguais a todos.

No que tange ao entendimento de Flavio Tartuce (2017, p. 23) sobre tal princípio:

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos, os filhos socioafetivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões filho adulterino ou filho incestuoso que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões filho espúrio ou filho bastardo, comuns em passado não tão remoto. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo filho havido fora do casamento, eis que, juridicamente, todos são iguais. Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.

Em complemento ao texto constitucional, o art. 1.596 do Código Civil reproduz idêntica redação, consagrando o princípio da igualdade entre os filhos que abrange os adotivos bem como os havidos por inseminação artificial heteróloga.

Essa igualdade entre filiação se deu com o advento da Constituição da República de 1988. No Código Civil de 1916 em seu artigo 1605, § 2º, dispoendo sobre os direitos sucessórios, dizia que a herança cabe “ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes”, ou seja, os filhos biológicos recebiam a herança por inteiro e o filho adotivo recebia apenas a metade.

Com relação a essa discriminação entre filhos adotivos temos o entendimento de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2015, p, 102):

A incidência da isonomia entre os filhos produzirá efeitos no plano patrimonial e no campo existencial. Com isso, pondo fim às discriminações impostas aos filhos adotivos, a igualdade assegura que um filho tenha o mesmo direito hereditário do outro. Ou seja, não há mais a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem (se biológica ou afetiva). Outrossim, nem sequer são admitidas qualificações indevidas dos filhos, não mais sendo possível juridicamente atribuir a um filho a designação de adúltero ou incestuoso.

Na expressão do texto constitucional ficam “proibidas quaisquer designações discriminatórias”, em respeito à dignidade do filho adotivo, e da pessoa humana acima de tudo.

Conforme também mencionado por Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 102) “Com isso, todos os dispositivos legais que, de algum modo, direta ou indiretamente, determinem tratamento discriminatório entre os filhos terão de ser repelidos do sistema jurídico”, ou seja, a Lei nº 13.142/15 tratou dos filhos consanguíneos, mas omitiu proteção também aos filhos adotivos ou havidos por inseminação artificial heteróloga, ferindo o princípio da igualdade entre filiação.

Há portanto na referida Lei flagrante violação da Constituição Federal, devendo ser matéria de controle de constitucionalidade, tendo em vista que a omissão da Lei destoa da Carta Constitucional.

6 Controle de constitucionalidade

O instituto denominado Controle de Constitucionalidade nada mais é do que um mecanismo utilizado onde, por meio do qual, é realizada uma análise acerca da compatibilidade dos atos normativos, e também das leis com a Constituição. Devem ser observados e analisados se tais normas estão em conformidade com os preceitos que se encontram previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

O Controle de Constitucionalidade possui como base a rigidez característica da Constituição brasileira. Rigidez está que encontra respaldo na própria Constituição Federativa. Nestas linhas preleciona o professor José Afonso (2006, p.47- 49) ao estatuir que:

A rigidez que está na Constituição da República do Brasil, sendo que esta ocupa a posição mais alta da pirâmide do Ordenamento Jurídico Brasileiro, tendo como suporte o Princípio da Supremacia da Constituição, como preleciona o Professor José Afonso da Silva, “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”, ou seja, todos os poderes políticos serão válidos na medida em que estiverem em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Diz-se rígida a Carta Constitucional porque o constituinte originário deixou estabelecidas as normas para manter e para editar o próprio texto da Constituição, de forma que há normas que não poderão ser alteradas ou suprimidas.

Segundo Moraes (2005, p. 627), o “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.

Os requisitos formais dizem respeito ao modo ou forma como a lei foi elaborada. Se obedeceu aos critérios estabelecidos pela Constituição. Já os requisitos materiais consiste em verificar se a nova lei ou ato normativo não está contrariando o texto constitucional.

Como exemplo da sua rigidez cita-se o artigo 60, § 4º, incisos I, II, III e IV da Constituição Federativa, onde podemos observar as denominadas cláusulas pétreas, que são garantias as quais não poderão se objeto de Emendas Constitucionais tendentes a aboli-las, todavia poderão ser perfeitamente ampliadas.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 I - a forma federativa de Estado;
 II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
 III - a separação dos Poderes;
 IV - os direitos e garantias individuais.

De forma que há normas que não poderão ser alteradas ou suprimidas. Haja vista que o constituinte originário deixou estabelecidas normas para manter e para editar o próprio texto constitucional, de forma que há normas que não poderão ser alteradas ou suprimidas.

Assim estabelece o renomado professor Barroso (2004, p. 62):

No Brasil, a Carta em vigor aponta as pessoas e órgãos que têm legitimidade para propor emenda constitucional, prevendo ainda, na tradição nacional de rigidez constitucional, as seguintes regras: a) discussão mediante votação em cada Casa do Congresso, em dois turnos; b) aprovação mediante voto de três quintos dos membros de cada Casa.

Mais um exemplo da característica da Carta Constitucional no que concerne à rigidez, a exigência de *quórum* e de discussão mediante votação em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, para aprovação de uma emenda.

Deste modo, notório é que para que se perceba que uma determinada norma se encontra em conformidade com o texto constitucional, necessário é que seja realizado um controle de constitucionalidade, pois, sabido é que a Constituição Federal encontra-se no topo da pirâmide normativa e por isso jamais poderá ser contrariada.

Assim conclui-se que em havendo uma norma que esteja em discordância com a Constituição Federal, tal norma será considerada inconstitucional e conseqüentemente não terá validade no mundo jurídico.

A norma inconstitucional inegavelmente fere o ordenamento jurídico, de forma que alguns autores chegam a afirmar que se trata de um “ato inexistente”, com esse pensamento afirma o autor NOVELINO (2013, p. 228) que “a lei inconstitucional é considerada um *ato inexistente*, por mais que sua obediência seja obrigatória de acordo com o sistema jurídico”.

E conclui o nobre autor que “a lei inconstitucional é um ato nulo, ou seja, teria um vício originário insanável, já nasceria morta”.

Se existe um mecanismo para exercer um controle das leis e atos normativos conforme a Constituição para impedir que sejam violados os preceitos, diretrizes, princípios e direitos previstos na Lei Maior, deve portanto a Lei 13.142/15 ser matéria de uma ação de controle de constitucionalidade, pois a referida lei violada o art. 227, § 6º da Carta Constitucional, ao omitir os filhos adotivos, equiparados aos filhos consanguíneos do rol daqueles que se enquadram como parentes de vítimas ou sejam eles mesmo vítimas de homicídio funcional.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por objetivo fazer uma análise acerca dos direitos dos filhos adotivos e daqueles advindos de outra origem que não seja a consanguinidade, analisou o princípio da isonomia entre filiação e com base na Constituição da República foi apresentado que os filhos naturais e os filhos de parentesco civil têm os mesmos direitos, não podendo haver discriminações nem diferença de tratamento entre ambos.

Com a apresentação da Lei federal n° 13.142/15, nota-se os sujeitos possíveis do crime impostos pela mesma.

Constatou-se que existem vários tipos de parentescos no nosso ordenamento jurídico. E que os filhos adquiridos de outra origem não sendo natural, são classificados como parentesco civil ou socioafetivo, tendo os mesmos direitos que aqueles.

Foram apresentados entendimentos de autores quanto a possível inconstitucionalidade imposta pelo tema, fundamentando tal conclusão com base em artigos importantes da Constituição da República.

Por fim, o presente artigo poderá contribuir para o crescimento acadêmico e profissional, tornando possível uma melhor análise dos direitos e proteção dos filhos advindos de outra origem distante da consanguinidade.

Conclui-se então com esta pesquisa e com análises de diferentes posicionamentos de grandes autores do direito penal que na elaboração da Lei 13.142/15 o legislador omitiu quanto à proteção dos filhos adotivos, ferindo o princípio da igualdade entre filhos imposto pela Constituição da República.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF FEDERAL LAW 13.142 / 2015 FOR NOT PROMOTING ISONOMY BETWEEN MEMBERSHIP

ABSTRACT

The present article seeks to analyze the possible existence of unconstitutionality in Law n ° 13.142 / 2015, regarding the issues established by the legislation and its parameter with the Federal Constitution, carrying out bibliographic research in the field of Criminal, Civil and Constitutional Law, observing important concepts to characterize the possible unconstitutionality. Functional homicide is conceptualized, presenting the possible passive subjects. It analyzes the types of relationships existing in the Brazilian legal system, as well as the adoption institute. It sets out the principle of equality laid down in the Constitution. It presents the doctrinal understandings regarding the possibility of the unconstitutionality of Federal Law 13.142 / 2015, through the analysis of the institute of the control of constitutionality for a better understanding of the present theme. Finally, to conclude that because it is a right imposed by the Magna Carta, such a law should be considered

unconstitutional because it hurts the principle of isonomy between affiliation. Finally, it is concluded by the unconstitutionality of Law 13.142 / 15, which violates art. 227, § 6 of the Constitution of the Republic.

Keywords: Federal Law n ° 13.142 / 2015. Principles. Inconstitutionality.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p.47 e 49.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62 e 29.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Código civil, 2002. Código civil. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

BRASIL, Código Civil, 2016, Disponível em :
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em 06 de novembro de 2018

BRASIL. Lei nº 13.142, de 06 de julho de 2015. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 07 jul. 2015. p. 7-7. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13142.htm>. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

BITENCOURT, Homicídio cometido contra integrantes de órgãos de Segurança Pública e seus familiares. Jusbrasil, 2015. Disponível em:
<<https://cezartbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/213908244/homicidio-cometido-contra-integrantes-de-orgaos-da-seguranca-publica-e-seus-familiares>> Acesso em 14 de outubro de 2018.

CAPEZ, Fernando, Curso de direito penal-parte geral, 15 ed., São Paulo, Saraiva 2011, v. I. Disponível em: <<https://direito20112.files.wordpress.com/2012/08/curso-de-direito-penal-1-parte-geral-15c2aa-edic3a7c3a3o-capez.pdf>> Acesso em 15 de setembro de 2018

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 353.

COSTA JR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. rev. atua. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches, Manual de direito penal: parte espec"1al (arts. 121 ao 361 } I Rogério Sanches Cunha-9. ed. rev., ampt e atual.- Salvador: JusPODIVM.. 2017.

DINIZ, Maria Helena, Curso de direito civil brasileiro, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 2001, v. 5, p. 309-1.

GAGLIANO, Pablo Stolze Novo curso de direito civil, v6 : Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, p. 270-274, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Disponível em: <
<https://www.passeidireto.com/disciplina/direito-penal?type=6&materialid=4252255>> Acesso em 09 de novembro de 2018

LENZA, Pedro, Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza. –16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : p. 250-251, Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 232.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 14. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 206- 211.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 18º edição, 2014, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 286 e 304.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado: 11ª ed. São Paulo: Método. p. 161. 2007.

MADALENO, Rolf, 1954- Direito de família / Rolf Madaleno. – 7.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Maria Berenice Dias. *Manual de Direitos das Famílias*. 3. ed .. rev., atual. e ampl, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 317.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. p 627; 32ª Ed; Editora Atlas.

NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. P 228, 229 e 242; 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.

SANCHES, Direito Penal. Ed.Jus Podivm. 1º semestre (2015). p.27-30. V. Disponível em <
<https://www.passeidireto.com/arquivo/20667717/caderno-atualizacao-cp>> Acesso em: 13 de setembro de 2018

SANCHES, Rogério Cunha, Manual de Direito Penal, parte geral, 3 ed., V.U, Juspodivm 2015. Disponível em: <https://direitom1universo.files.wordpress.com/2016/06/manual-de-direito-penal-parte-geral-roge_rio-sanches-2015.pdf> Acesso em: 15 de Setembro de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Volume V, 25 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. rev. atua. ampl. São Paulo: RT, 2011.