

A LEI HENRY BOREL (LEI 14.344/2022) E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

THE HENRY BOREL LAW (LAW 14.344/2022) AND THE SYMBOLIC CRIMINAL LAW:
A CRITICAL ANALYSIS

Bernardo Picanço Bensi Campinho

Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9683261982089159>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1986-8363>

bernardopbc@gmail.com

Hamilton Gonçalves Ferraz

Doutor em Direito pela PUC-Rio com estágio pós-doutoral em Direito

Penal em curso na UERJ. Mestre em Direito Penal pela UERJ.

Professor Adjunto de Direito Penal (UFF-MDI).

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4038462874056018>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0471-2529>

ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

Resumo: O artigo analisa a Lei Henry Borel (Lei 14.344/2022) em relação ao conceito de Direito Penal Simbólico, verificando sua compatibilidade com os princípios penais fundamentais. O trabalho é baseado em pesquisa teórica por revisão bibliográfica. Primeiramente, apresenta-se o princípio da legalidade, o conceito de bem jurídico e o princípio da proporcionalidade como parâmetros de análise da nova legislação; na sequência, são estudadas a Lei Henry Borel e suas principais inovações; finalmente, é sugerida análise crítica da nova lei em referência à ideia de Direito Penal Simbólico.

Palavras-chave: Lei Henry Borel; Criminalização; Direito Penal Simbólico.

Abstract: The article analyses the Henry Borel Law (Law 14.344/2022) in relation to the concept of Symbolic Criminal Law, verifying its compatibility with the fundamental penal principles. The work is based on theoretical research by bibliographic review. Firstly, the principle of legality, the concept of legal good and the principle of proportionality are presented as parameters for the analysis of the new legislation; next, the Henry Borel Law and its main innovations are studied; finally, a critical analysis of the new law in reference to the idea of Symbolic Criminal Law is suggested.

Keywords: Henry Borel Law; Criminalization; Symbolic Criminal Law.

1. Introdução

Não é novidade o fato de que, nos últimos anos, o legislador vem inflacionando o número de leis penais, as quais se apresentam de maneira *ad hoc* e assistemática, múltiplas vezes violando preceitos essenciais da dogmática. Tendo em vista esta realidade fática, a doutrina penal trata de se debruçar sobre referida dinâmica buscando realizar uma reflexão mais detida sobre seus estímulos e consequências.

O ponto de partida deste trabalho é o caso do menino Henry Borel, de 4 anos, o qual foi morto em sua residência na data de 8 de março de 2021, chocando a sociedade brasileira e com repercussão na grande mídia. Conforme consta do laudo produzido, Henry apresentava lesões contundentes no crânio, hematomas e ferimentos internos. Consequentemente, as investigações sugeriram que sua morte pode ter sido decorrente de tortura ou outro meio cruel empregado por seu padrasto. Até o momento de finalização deste artigo, o padrasto e a genitora respondem a processo perante a vara criminal do II Tribunal do Júri da comarca da capital do Rio de Janeiro.

É neste contexto que se insere a Lei 14.344/2022, apelidada de "Lei Henry Borel", fruto de grande comoção popular e midiática com a morte trágica e revoltante do menino Henry Borel. No campo penal, a lei qualificou o homicídio praticado contra menores de 14 anos e adicionou ao art. 121 do Código Penal o § 2º-B, que apresenta majorantes para a conduta agora qualificada.

Assim, por meio de pesquisa teórica por revisão bibliográfica, o trabalho se propõe a analisar criticamente as alterações penais promovidas pela Lei 14.344/2022 e suas consequências para o sistema jurídico a partir do princípio da legalidade, do conceito de bem jurídico e do princípio da proporcionalidade, buscando

entender se a novidade legislativa está ou não de acordo com tais mandamentos.

Primeiramente, a lei será compreendida a partir do princípio da legalidade, da teoria do bem jurídico e do princípio da proporcionalidade. Em seguida, será feita uma breve demonstração sobre as alterações promovidas pela Lei 14.344/2022 no Código Penal. Após, a referida lei será analisada, iniciando-se com a exposição do regramento jurídico pretérito, que já era demasiadamente gravoso, passando pela conceituação do Direito Penal Simbólico e suas implicações e riscos para o Direito Penal.

2. Contornos principiológicos básicos da criminalização primária no Direito Penal: legalidade, bem jurídico e proporcionalidade ■

Antes de analisar as inovações trazidas pela Lei 14.344/2022, é necessário falar sobre as peculiaridades que circundam a lei penal. As leis penais consistem no instrumento de que o ordenamento dispõe para impor uma punição ao indivíduo, limitando o seu direito de liberdade, sendo este o motivo pelo qual a doutrina, ao longo da história evolutiva do Direito Penal, tratou de traçar limites rígidos para a sua aplicabilidade, a partir da introdução, no que interessa a este trabalho: (i) do princípio da legalidade; (ii) do conceito de bem jurídico; e (iii) do princípio da proporcionalidade.

De início, o princípio da legalidade, previsto nos arts. 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88 e 1º do CP ("não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal"), tem por principal finalidade não apenas a contenção do arbítrio judicial durante o processamento do acusado, mas também a imposição ao legislador, diante da necessidade de criminalização de dada conduta, da obrigação de produção de uma norma legal que defina claramente

a conduta que deseja proibir ou comandar, e, também, imponha as respectivas consequências legais para sua comissão ou omissão, em uma perspectiva de restrição do poder, não de sua legitimação ou ampliação (TAVARES, 2022, p. 889).

Da legalidade passa-se ao bem jurídico, o qual exige que a lei penal guarde relação com objetos legítimos de referência. Apesar de intensa discussão doutrinária sobre o tema,¹ para os propósitos mais singelos deste trabalho, como sustenta **Juarez Tavares**, bem jurídico é “um dado relacionado à pessoa humana, como seu elemento de preferência e orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental” (2018, p. 97). Assim, é inadmissível uma lei que simplesmente crie ou reconheça pretensos bens jurídicos, ou eleve à categoria de bem jurídico o que não ostenta de mínima legitimidade para ser assim considerado, como justificativa utilitária e casuística para maior punição.

Ademais, por se tratar de uma norma punitiva, a lei penal deve passar por um rigoroso exame de sua proporcionalidade na atividade legislativa. O princípio da proporcionalidade, em relação à legislação, desdobra-se em três dimensões de controle: (i) controle de evidência; (ii) controle de justificabilidade; e (iii) controle material de intensidade (MENDES; BRANCO, 2021, p. 546-547).

O controle de evidência se caracteriza pelo reconhecimento do amplo poder de conformação delegado pela Constituição ao legislador, condicionando-se a constitucionalidade das suas atividades à idoneidade das medidas para a proteção do bem jurídico. O controle da justificabilidade busca analisar se os fundamentos da lei estão de acordo com parâmetros de apreciação objetiva e justificáveis, isto é, busca-se entender se o legislador fez uma análise contida de todas as informações disponíveis. Já o controle material de intensidade é aplicado nas decisões legislativas que, por afetar de maneira abrupta bens jurídicos de grande relevância, como a liberdade individual, devem se orientar em relação a causas de extrema importância.

3. Sobre as mudanças penais promovidas pela Lei 14.344/2022 ■

Sabendo que a Lei 14.344/2022 (Lei Henry Borel) foi influenciada pelo homicídio do menino Henry Borel, no campo penal, sua principal finalidade foi endurecer o tratamento do homicídio cometido contra menores de 14 anos, razão pela qual se acrescentou, no texto do art. 121 do Código Penal a qualificadora do homicídio de pessoa menor de 14 anos, dentre outras majorantes, restando o dispositivo assim estruturado:

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

Homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos

IX - contra menor de 14 (quatorze) anos:

§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:

I - 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II - 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

Assim, o homicídio praticado contra menor de 14 anos passou a ser enquadrado na pena do homicídio qualificado, cuja pena varia de 12 a 30 anos. Além disso, acrescentaram-se majorantes específicas a este delito, previstas no art. 121, § 2º-B.

Anteriormente à Lei Henry Borel, para o fato ao qual a Lei pretendeu oferecer tratamento mais rigoroso, o delito de homicídio previa como causa de aumento de pena sua prática contra menor de 14 anos na segunda parte do seu § 4º do art. 121: “[...] Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.” É curioso que a nova lei, a despeito de elevar o homicídio contra

menor de 14 anos a uma qualificadora autônoma, não revogou a referida majorante.

Ademais, caso a conduta fosse enquadrada como feminicídio, também havia a causa de aumento prevista no § 7º, inciso II, do Código Penal – esta sim, por outro lado, expressamente revogada.

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental.

Soma-se a isso o fato de o Código Penal também tratar como agravante o crime cometido contra criança ou pessoa enferma (vedado *bis in idem*):

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

Há de se ressaltar que, caso a legislação optasse por não prever a majorante, o Código Penal contém outras hipóteses contidas no art. 61, inciso II, que incidiriam para exasperar a pena do crime, quais sejam: “e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”, demonstrando a escalada punitiva quanto ao tema.

Inclusive, vale destacar que o Código Penal, em seu art. 92, dispõe:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

II - a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado.

Ou seja, além das altas penas que já seriam aplicadas normalmente como consequências do delito – sem que a Lei Henry Borel tenha trazido, neste ponto, nenhuma novidade além do maior rigor penal –, o condenado ainda pode perder o poder familiar como efeito da condenação.

Outro fator que torna maior a penalidade prevista é a Lei Henry Borel ter considerado o homicídio contra pessoa menor de 14 anos crime hediondo, inserindo-o na Lei 8.072/1990, em seu art. 1º, inciso I, o que acarreta consequências muito mais severas na execução penal. Contudo, esse tipo de fato, certamente, já habilitaria, no mínimo, a incidência da qualificadora de motivo torpe, uma das principais e mais utilizadas qualificadoras do homicídio no cotidiano forense.

4. Análise crítica

4.1 A Lei Henry Borel e o Direito Penal Simbólico

Tendo em vista os contornos terríveis do caso do menino Henry Borel, ainda em processamento pela justiça criminal do Rio de Janeiro, resta claro que a Lei 14.344/2022 é sua consequência direta. O legislador, com a finalidade de mostrar prestatividade e revolta com os fatos ocorridos, endureceu ainda mais a pena desse tipo de homicídio em nome de passar para a população uma (falsa) sensação de segurança. Como afirma **André Lozano Andrade** (2014, p. 101; 109), o que persistirá é a maior ocupação do Judiciário com delitos de menor importância, enquanto os realmente graves seguem relegados em uma grande fila de espera no sistema de justiça, em parte causada pela (in)atividade do próprio Legislador, o qual, com esse tipo de legislação, opta por (pseudo)soluções fáceis em detrimento de medidas que poderiam ser mais eficazes (como aperfeiçoamento da legislação processual penal ou das normas relativas à investigação policial), o que acaba por gerar uma perda de legitimidade do sistema penal.

Ainda na visão de **Andrade** (2014, p. 100), se apenas os bens jurídicos de maior relevância deveriam ser tutelados pela lei penal, o que se vê na realidade fática é uma incessante produção de leis penais *ad hoc*, com completa ausência de sistemática e observância dos princípios essenciais da matéria. É exatamente o que ocorreu com a Lei 14.344/2022, a qual, por exemplo, sequer revogou a segunda parte do § 4º do art. 121, incidindo em evidente *bis in idem* ao reputar uma mesma circunstância, simultaneamente, como qualificadora e causa de aumento de pena referente ao mesmo delito.

O fenômeno de promulgação de leis penais *ad hoc*, leis penais pautadas apenas na vontade de resposta do legislador, é o chamado Direito Penal Simbólico (ANDRADE, 2014, p. 99-117), fonte de grande perda de legitimidade do Direito Penal. É **Claus Roxin** (2009, p. 24) que leciona que as leis penais simbólicas –, que, na sua visão, são as leis não essenciais para assegurar uma vida em comunidade e, portanto, referentes a finalidades externas ao Direito Penal, como “acalmar” eleitores –, não buscam tutelar bens jurídicos. Como descreve **Baratta**, o déficit de tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação, no público, de ilusões de segurança e sentimentos de confiança no ordenamento e nas instituições, cujas bases reais são cada vez mais escassas, haja vista a continuidade das violações às normas penais e suas correspondentes cifras ocultas (2004, p. 85-86).

Por outro lado, **Torres e Ferreira** (2017, p. 120) também caracterizam este fenômeno como “populismo punitivo”, contexto no qual o legislador faz uso da sua atividade para minorar a sensação de insegurança cidadã e a desconfiança perante a atividade Estatal, resultando em restrições arbitrárias, atécnicas, casuísticas e severas a direitos e garantias. Não raro – e este é o caso da Lei Henry Borel –, o populismo punitivo se manifesta no Direito Penal por meio da crescente consideração política da importância da vítima, com a qual a sociedade passa a se identificar (ela, também, como vítima potencial de delitos), o que acarreta, segundo **Bechara**, na transposição dos graves riscos de parcialidade e irracionalidade que costumam caracterizar a posição de vítima para o próprio Direito Penal, às custas de direitos e garantias fundamentais dos acusados (2014, p. 207).

4.2 O descompasso do Direito Penal atual com o princípio da *ultima ratio*

O princípio da *ultima ratio*, há tempos consagrados na doutrina penal, prescreve que a criminalização deve ser, sempre, a última solução possível e disponível para conter o ilícito, ou seja, o Direito Penal não pode ser o primeiro mecanismo de contenção de um ilícito jurídico, devendo-se acionar, primeiramente, o Direito Civil e o Direito Administrativo.

Como percebe **Antonio Martins** (2019, p. 51-52), o sentimento de segurança dos cidadãos passou a ser considerado, direta ou indiretamente, como algo a ser tutelado como se bem jurídico fosse. Assim, o desejo de segurança se sobrepõe ao direito de liberdade, o que acaba por inverter a lógica do Direito Penal, o qual passa a agir preventivamente e não repressivamente ao crime.

Desde outra perspectiva, mas em conclusão similar, **Roxin** (2009, p. 11-12) afirma que a criminalização de um comportamento pelo Direito Penal não pode senão proteger bens jurídicos concretos, e não correntes políticas, morais ou religiosas. A Lei 14.344/2022 criou uma especialização do bem jurídico vida humana extrauterina, pois, com a nova qualificadora, apenas se ateuve à faixa etária do indivíduo, sem maiores fundamentos, o que também cria precedentes de criminalização perigosos: se a idade é razão, por si só, para qualificação de um delito, o que impediria que uma lei reputasse qualificado o homicídio ou qualquer outro crime relativo a, por exemplo, pessoas idosas?

Nesse sentido, o constante crescimento da legislação penal, principalmente no caso da Lei 14.344/2022 (Lei Henry Borel), não está de acordo com o princípio da *ultima ratio*, pois grande parte das novas normas penais busca cominar maiores penas para os delitos existentes, enquadrar novas condutas nas altas penas já estipuladas em lei ou até mesmo criar novos tipos penais sem referência a bens jurídicos, não sendo diverso o entendimento de **Andrade** (2014, p. 100), o qual observa que a doutrina, muitas das vezes, acaba se vendo obrigada a trabalhar na análise e interpretação de falsos bens jurídicos.

5. Conclusão

A Lei Henry Borel, em seu aspecto penal, qualificou a conduta do homicídio cometido contra menor de 14 anos, além de prever causas de aumento para circunstâncias de saúde que acrescentem à sua vulnerabilidade ou em relações de parentesco ou autoridade. No entanto, depreende-se que o Código Penal já era dotado de normativa para reprimir referida conduta de forma suficiente, seja com as qualificadoras e majorantes estabelecidas no art. 121 e a previsão das agravantes legais, seja com os efeitos da condenação constantes do art. 92.

Estabeleceu-se o enquadramento da Lei 14.344/2022 como mais um exemplo de Direito Penal Simbólico, integrando o fenômeno mais amplo do chamado “populismo punitivo” – cuja norma mais emblemática é, hoje, a “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019) –, atestando-se sua desconformidade com o princípio da proporcionalidade, a inobservância e esvaziamento do conceito de bem jurídico e o uso da lei penal como forma de, pretensamente, tutelar sentimentos de segurança – e, por que não dizer, de vingança – dos cidadãos.

Notas

¹ Por todos, conferir no assunto Santos (2020); Bozza (2015); Bechara (2014).

Referências

ANDRADE, André Lozano. Os problemas do Direito Penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. *Revista Liberdades*, n. 17, p. 99-117, set./dez. 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/459/7399>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal* (compilación *in memoriam*). Montevideo, Buenos Aires: BdeF, 2004.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

MARTINS, Antonio. A erosão do Direito Penal pela política criminal da Segurança. In: MARTINS, Antonio; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; JOFFILY, Tiago. *Projeto de Lei Anticrime: análise crítica dos professores de Ciências Criminais da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 51-66.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Org. e Trad. André Luiz Callegari; Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Humberto Soares de Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAVARES, Juarez. A relação entre direito e estado de exceção. In: RAMALHA, Larissa (org.). *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*. v. 3. Curitiba: Íthala, 2022. p. 879-902.

TORRES, Henrique Abi-Ackel; FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. A instrumentalização das vítimas e sua utilização como grupos de pressão legislativa: uma perspectiva político-criminal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo. *O lugar da vítima nas Ciências Criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 117-139.

Recebido em: 11.09.2022 - Aprovado em: 23.11.2022 - Versão final: 05.12.2022