

## **Há produto novo na praça**

Alberto Silva Franco

*Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo*

FRANCO, Alberto Silva. *Há produto novo na praça*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.70/Ed.esp., p. 05-06, set. 1998.

Em termos mercadológicos, tão a gosto do processo de globalização, que tomou conta do país, há novo produto normativo no mercado: a Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998. Não é preciso dizer que os meios de comunicação social noticiaram "a boa nova" com manifestações de exaltada euforia. Os famosos "bustos falantes", que ancoram os telejornais nacionais, puderam, enfim, "tranqüilizar" a população brasileira. A explosiva questão da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produtos alimentícios ou de produtos para fins terapêuticos ou medicinais, posta a nu, de modo gritante, nas televisões e nos jornais nacionais nos últimos meses, tinha sido finalmente solucionada. O Direito Penal, chamado à colação, dera seu recado. Não mais existiria a impunidade e não seria mais necessário repetir o cansativo bordão de que a ausência de comandos penais "é uma vergonha"! Com a intervenção penal, tudo entraria nos eixos: as firmas produtoras de alimentos ou os laboratórios de produtos terapêuticos ou medicinais passariam, num passe de mágica, a agir corretamente, dispensando qualquer outro mecanismo de controle ou vigilância sanitária.

A Lei nº 9.677/98 nasceu, no entanto, com a indicação falsa de seu conteúdo. A "bula" do novo produto normativo continha uma evidente dessincronia entre a ementa e o texto legal. A ementa rotulava os delitos mencionados na lei como crimes hediondos, mas nenhuma palavra do texto confirmava essa etiqueta. Para corrigir a falta de sintonia entre ementa e texto, foi necessária a produção de uma nova lei: a Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998, publicada no Diário Oficial do dia imediato. Por ela, a marca "crime hediondo" foi pendurada apenas na figura típica do art. 273 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi atribuída

pela Lei nº 9.677/98, excluído o § 2º do referido artigo. Assim, o rol de crimes hediondos, ao contrário do que prenunciava a Lei nº 9.677/98, foi acrescido apenas de um único tipo. É verdade que o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional incluía também nesse rol o art. 272, com a nova redação da Lei nº 9.677/98, mas o Sr. Presidente da República vetou essa inclusão sob fundamento de que se banalizaria o crime hediondo, na hipótese de ocorrer, por exemplo, uma insignificante redução do valor nutritivo de substância ou produto alimentício.

A correção da falha já referida não exonera o teor da Lei nº 9.677/98, numa primeira abordagem, de outras restrições de não menor gravidade: a carência inadmissível de técnica legislativa, a absurda equiparação entre medicamentos, cosméticos e saneantes, e a adoidada quantificação punitiva.

Alguns preceitos, primários e sancionatórios, têm como remate a sigla NR, colocada entre parênteses. O significado dessa sigla constitui, em termos penais, algo inusitado. Na melhor das hipóteses, se o legislador penal quis de forma gentil e prestativa, como é de seu feitio, informar aos intérpretes da Lei nº 9.677/98 que tipos do Código Penal tinham recebido "nova redação" ( NR) — a única idéia razoável — força é convir que a sigla não atendeu a esse objetivo. O § 1º A do art. 272 e os §§ 1º-A e 1º-B do art. 273 —outra originalidade pouco conhecida na técnica de composição típica — não constam do Código Penal e são também novidades redacionais... Por outro lado, não há como equiparar, na sua ofensabilidade à saúde pública, produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais a meros cosméticos, ou seja, a produtos que servem ao embelezamento ou à preservação da beleza ou a simples saneantes, produtos dirigidos à higienização ou à desinfecção ambiental. São tais produtos qualitativamente autônomos e não suportam uma igualdade conceitual, nem devem receber, por isso, o mesmo tratamento punitivo. A Lei nº 9.677/98 contribui, além disso, para desequilibrar ainda mais o desestabilizado sistema de penas do Código Penal. Falsificar substância alimentícia, tornando-a nociva à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo, passa a ser conduta bem mais grave do que ofender à integridade corporal de uma pessoa. Provocar

uma intoxicação alimentar ou levar uma pessoa a ingerir um alimento com menor poder nutritivo tem o dobro de gravidade em relação à ação de quem provocou, para uma pessoa, a cegueira ou a deformidade permanente, ou ainda a incapacidade permanente para o trabalho...É interessante notar, nos termos do veto presidencial, que a categoria do crime hediondo sofreria um processo de banalização, se houvesse uma insignificante redução do valor nutritivo de substância alimentícia. Mas essa "insignificante redução" autorizará a aplicação de uma pena mínima de quatro anos de reclusão...Por outro lado, falsificar produtos cosméticos, saneantes, ou mesmo terapêuticos, provocará uma desproporcionada punição em confronto com o preceito sancionatório previsto para o delito de homicídio simples. Matar constitui fato típico bem menos gravoso...

Dimensionar corretamente o bem jurídico a ser tutelado, verificar se esse bem tem dignidade penal e se a conduta, que o agride, é merecedora de pena, proporcionar adequadamente a sanção penal em função do conglomerado de tipos penais já estruturados, tudo isso constitui tarefa inafastável de um legislador no Estado Constitucional de Direito. Não é esse, contudo, o posicionamento do legislador brasileiro que se preocupa, fundamentalmente, em dar sempre uma resposta penal a todo problema surgido na sociedade, sem ater-se às deletérias conseqüências de seu atuar. A cada novo questionamento que a complexa e moderna sociedade apresenta, cria-se um diploma punitivo como se o Direito Penal tivesse, a seu dispor, fórmulas taumatúrgicas para solucioná-lo. Feita a lei penal, atendidos aos insistentes reclamos dos meios de comunicação social, provocada a impressão política de que o legislador está atento e pronto para intervir, "acalmada" a opinião pública, passa-se a idéia de que tudo estará resolvido até que outro problema surja, a demandar nova intervenção penal. Isto acarreta uma verdadeira inflação legislativa gerando o caos e o esgarçamento da tessitura punitiva.

O furor repressivo que não diminuiu ao longo de quase dez anos — a produção legislativa a partir da Lei de Crimes Hediondos, datada de 1990, permanece com um vigor

acentuado — recomenda que se reexamine, com muita atenção, não apenas a questão de manifestações de burla legal da legalidade, mas também a questão da emergência ou da excepcionalidade, na medida em que essa emergência e essa excepcionalidade se tornem, respectivamente, perene e comum. Leis penais reformadoras do Código Penal ou leis penais criadoras de novas incriminações tomaram conta da década de 90. A improvisação, o caos, a carência de rigor científico, o conúbio com os meios de comunicação social, a preocupação em dar uma tutela penal fortemente antecipada geraram o uso simbólico do Direito Penal e proclamaram a atuação do controle penal em termos de um efficientismo que só tem cabimento ao preço da violação de garantias fundamentais, formais ou substanciais. A hipertrofia de delitos provocada pela massa imensa e confusa de normas penais põe em xeque a própria validade e a coerência do Código Penal como um sistema coordenado de proibições e de punições, impondo-se de forma cada vez mais nítida a necessidade de colocar-se um freio à frenética capacidade repressiva do legislador. Mais do que nunca a legitimidade da atuação penal deve estar firmada no paradigma garantista que não permite o desatrelamento do Direito Penal dos princípios axiológicos do Estado Constitucional de Direito. E se essa afirmação é exata, a própria produção do direito, nesse modelo de Estado, é disciplinada por normas, já não apenas formais, mas também substanciais, na medida em que se mostram limitadoras e vinculantes do legislador. Destarte, menos do que a vigência da lei, importa sua validade, ou seja, sua coerência com essas normas substanciais. Ora, ninguém desconhece que a Constituição Federal de 1988, conformadora do Estado Democrático e Social de Direito, possui, entre seus princípios fundamentais não formalizados, os da subsidiariedade e da proporcionalidade e ambos os princípios têm no legislador um endereço certo. Implica o primeiro não apenas "uma dimensão negativa de limite do *ius puniendi*", mas também, por exigência do Estado social de Direito, uma parte positiva, que obriga, para evitar o que Roxin denomina 'fuga ao Direito Penal', a tomada de todas as possíveis medidas positivas de tipo jurídico ou político-social que ajudem a evitar os delitos sem que se tenha de recorrer ao Direito Penal" (Luzón Peña, Diego Manuel, in "*Curso de Derecho Penal*", Parte General, vol.

I, Editorial Universitas, p. 83). Já, no Estado Constitucional de Direito, sustentado por um princípio antropocêntrico, não tem sentido, nem cabimento, a cominação ou a aplicação de pena flagrantemente desproporcionada à gravidade do fato. Pena desse calibre representa ofensa à condição humana, atingindo-a, de modo contundente, na sua dignidade de pessoa. O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que nessa relação houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção.

No caso da lei penal em exame, sua existência formal não obsta o reconhecimento de seu desconcerto em relação às normas substanciais que participam da formulação do modelo constitucional. Embora não se negue a gravidade de alguns dos fatos nela referidos, é flagrante o desalinho do legislador no que tange aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Antes mesmo de adotar novas medidas administrativas ou civis de largo curso ou de dar eficiência às já existentes (fêrrea fiscalização, multas pesadíssimas, fechamento definitivo de laboratórios), o legislador preferiu recorrer de pronto — e de modo puramente simbólico — à exacerbação punitiva, em algumas hipóteses já previstas no Código Penal e criou, em outras, cominações, até então inexistentes, de pena cuja desproporcionalidade com a gravidade do fato chega às raias do absurdo. Sob vários ângulos, portanto, a Lei nº 9.677/98, em nome de um falso eficientismo, entra em confronto com a Constituição Federal, dando mostras de que o legislador continua na sua tarefa de implodir o Código Penal, retirando-lhe o mínimo de coerência e de unidade que um sistema penal deve possuir. Como proclama Sérgio Moccia, cuja presença honra o IV Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, "legitimidade e efetividade devem atuar em conjunto, iluminadas pela idéia de que a subsidiariedade, no Estado Social de Direito, impõe o apelo ao sistema penal como *extrema ratio* e o respeito a todas as garantias estabelecidas. Diversamente, ainda que se consiga temporariamente reprimir um fenômeno criminal, outras

ilegalidades e outras vítimas serão produzidas, com grave prejuízo para a própria democracia". "A justiça penal é um mal necessário, se ela supera os limites da necessidade, sobra apenas o mal": esta profunda verdade — que sintetiza as aspirações de um direito penal laico, liberal, mínimo, mas também racional e eficiente — representa de modo impecável uma realidade normativa e cultural que vê no respeito ao homem e às suas prerrogativas de autonomia e dignidade, num contexto de solidariedade, a realização de um comum ideal de civilização e de democracia" ("*Emergenze e Difesa dei Diritti Fondamentali*", in "Revista Brasileira de Ciências Criminais", no prelo).

**Alberto Silva Franco**

*Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.*

Disponível em <[http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir\\_artigos.php?id=2343](http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=2343)>