

## UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO SOBRE A FALSIFICAÇÃO DE PRODUTO TERAPÊUTICO

### AN ANALYSIS OF THE PROTECTION OF THE COMMUNITY IN THE CONSTITUTIONALITY CONTROL OF COUNTERFEIT THERAPEUTIC PRODUCTS

Raul Lemos Maia<sup>1</sup>

Orlando Ricardo Mignolo Filho<sup>2</sup>

Edilson Vitorelli Diniz Lima<sup>3</sup>

#### RESUMO

O objeto deste estudo é o controle de constitucionalidade e seus efeitos. Levando-se em consideração que o princípio da proporcionalidade está previsto de forma implícita no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, conclui-se que todas as normas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro devem respeitar ao citado princípio, sob pena de serem consideradas inconstitucionais. Dessa forma, o controle de constitucionalidade tem a missão de permitir ou não que uma norma jurídica permaneça em vigência. Por esse ângulo, o objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade da realização do controle de constitucionalidade com fundamento na proporcionalidade, a respeito do artigo 273, do Código Penal por contrariar tal princípio.

**Palavras-chave:** Controle de Constitucionalidade; Efeito repristinatório; Inconstitucionalidade; Princípio da proporcionalidade.

#### ABSTRACT

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Coletivo e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: [raul.lemosmaia@gmail.com](mailto:raul.lemosmaia@gmail.com)

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF), Advogado, mestrando pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), conciliador e mediador pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). E-mail: [oricardomignolo@gmail.com](mailto:oricardomignolo@gmail.com)

<sup>3</sup> Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, com estudos no Max Planck Institute for Procedural Law (Luxembourg). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Visiting scholar na Stanford Law School. Visiting researcher na Harvard Law School. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Universidade Federal de Minas Gerais. Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor nos cursos de mestrado e doutorado na Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). E-mail: [edilsonvitorelli@gmail.com](mailto:edilsonvitorelli@gmail.com)

The object of this study is the control of constitutionality and the effects, more precisely in a more onerous criminal law. Taking into account that the principle of proportionality is implicitly provided for in art. 5th, Inc. LIV, of the Federal Constitution, it is concluded that all legal norms in the Brazilian legal system must respect the aforementioned principle, under penalty of being considered unconstitutional. In this way, the control of constitutionality has the mission of allowing or not that a legal rule remains in force. From this angle, the objective of the present work is to analyze the possibility of carrying out the constitutionality control based on proportionality, regarding article 273 of the Penal Code for contradicting this principle.

**Keywords:** Control of Constitutionality; Repristinatory effect ; Unconstitutionality; Principle of proportionality.

## INTRODUÇÃO

A título introdutório, aprofundar-se-á no controle de constitucionalidade, pois é a forma de controlar as normas no ordenamento jurídico, para que não haja dúvidas sobre sua aplicação, inclusive para garantir segurança e estabilidade. Desta feita, oportuniza-se uma pesquisa sobre ação direta de inconstitucionalidade, especialmente seu objeto e consequências.

Esse estudo depende, imprescindivelmente, da compreensão e diferenciação do conceito de efeito repristinatório e repristinação, que, por mais que sejam termos parecidos em sua grafia suas funções e repercussões, de modo que possuem propósitos completamente diversos, haja visto que se diferenciam tanto na quantidade de leis envolvidas, quanto sua força normativa.

É importante estabelecer os motivos de inconstitucionalidade da norma para arguir tal feito, uma vez que afeta diretamente toda a sociedade. Tendo por base o princípio da proporcionalidade, eis que intimamente ligado ao fato de uma norma não ser constitucional, far-se-á uma análise sobre o art. 273, do Código Penal, sobretudo em face da expressiva afronta à proporcionalidade de sua pena em dissonância ao ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, o que se tem como objeto fundamental e justificativa é a busca em explicar como se aplica o controle de constitucionalidade, mais especificamente o efeito repristinatório e sua excepcional aplicação no Código Penal e as consequências disso ao artigo supracitado.

Opta-se por utilizar da metodologia jurídico-teórica e raciocínio hipotético-dedutivo, de modo a conseguir sistematizar a aplicação do referido princípio, valendo-se de revisão bibliográfica, doutrinas, e jurisprudências que envolvem a interpretação da CF/88, da

análise de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de trabalhos acadêmicos, livros e artigos científicos.

## **2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO NA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA**

O controle de constitucionalidade remete à supremacia da Constituição e estabelece o juízo de adequação entre a norma constitucional e as normas criadas pelo poder constituinte derivado, que por sua vez se divide em reformador, decorrente e revisor. Nesse sentido, as normas são a própria Constituição, sendo as emendas constitucionais, os atos das disposições constitucionais transitórias ainda vigentes, os tratados internacionais de direitos humanos votados com força de emendas constitucionais, os princípios e os valores da constituição, o bloco de constitucionalidade.

Já as demais leis, sejam elas supralegais, primárias ou secundárias e até mesmo as próprias emendas e tratados, deverão observar e obedecer ao seu parâmetro, devendo ser compatível tanto material e formalmente com a Constituição.

De acordo com Alexandre de Moraes, “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.”<sup>4</sup> Nota-se, então, que o objetivo primordial do controle de constitucionalidade está relacionado com a função de garantir a compatibilidade entre as normas advindas do legislador e aquelas contidas na Constituição Federal, verificando se há ou não adequação entre elas.

Porém, uma vez que a lei não respeita o seu parâmetro, acaba gerando vícios formais e/ou materiais. Dessa forma, recairá sobre esse ato normativo o controle de constitucionalidade, para que a lei em questão seja declarada nula e/ou revogada, preservando o princípio da supremacia da constituição. Sob esse prisma é que o sistema jurídico brasileiro se utiliza do controle de constitucionalidade que envolve os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário. Dessa forma, o controle jurisdicional brasileiro admite o controle concreto e o controle abstrato, os quais apresentam efeitos próprios.

---

<sup>4</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2000.

O controle difuso tem sido exercido por qualquer órgão judicial dentro do âmbito de sua competência desde a primeira Constituição Republicana, a finalidade principal do controle difuso-concreto é a proteção de direitos subjetivos. Por ser apenas uma questão incidental analisada na fundamentação da decisão, a inconstitucionalidade pode ser reconhecida inclusive de ofício, ou seja, sem provocação das partes.<sup>5</sup>

No âmbito do controle concreto, há um processo constitucional subjetivo, ou seja, o objeto é um direito subjetivo. No controle concreto o pedido não se liga propriamente à inconstitucionalidade da lei, esta é apenas incidental (*incidenter tantum*), mas a finalidade da ação é que o direito subjetivo seja concedido. Quanto ao objeto, Marcelo Novelino informa que:

O objeto pode ser qualquer ato emanado dos poderes públicos. Não existem restrições quanto à natureza do ato questionado (primário ou secundário; normativo ou não normativo), nem quanto ao âmbito de sua emanção (federal, estadual ou municipal). Não importa, ainda, se o ato já foi revogado, se exauriu seus efeitos ou se é anterior à constituição em vigor. No controle difuso-concreto, o importante é verificar se, no momento do fato, houve a violação de direito subjetivo por ato do poder público incompatível com a constituição em vigor.<sup>6</sup>

Diante disso, sendo a inconstitucionalidade uma questão incidental que se encontra na causa de pedir, e não no pedido, quando o juiz julga no caso concreto, ele apreciará a inconstitucionalidade da lei na fundamentação da sua decisão.

Dessa forma, o reconhecimento da inconstitucionalidade, em regra, produz efeitos *inter partes*, não atingindo pessoas que não fazem parte do processo, haja visto que a decisão não atinge a lei considerada inconstitucional, como já dito: foi impugnada de forma incidental. Com isso, o julgamento recai somente no quesito do direito subjetivo discutido em juízo e faz coisa julgada material.

Todavia, a exceção do efeito *inter partes* se dá no caso em que decisão chegue, por via recursal, ao STF, assim a jurisprudência tem norteado no sentido de conferir efeito *erga omnes*. É a chamada “suspensão da execução da lei pelo Senado”, situação na qual a decisão, excepcionalmente, possuirá efeitos *erga omnes*, nos moldes previstos no art. 52, X, da Constituição Federal.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16ª Edição. Editora JUSPODIVM, 2021.

<sup>6</sup> NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16ª Edição. Editora JUSPODIVM, 2021.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.aspx](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.aspx). Acesso em: 20 ago. 2023.

O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da nulidade da norma inconstitucional, baseando-se no fato de que toda norma infraconstitucional encontra na Constituição fundamentos de validade e sustentação. Por essa razão, caso haja desarmonia com a Lei Maior, sua existência não poderia ser validada, sendo, portanto, a lei inconstitucional um ato nulo.<sup>8</sup>

Sob essa perspectiva, o reconhecimento da inconstitucionalidade, em regra, tem efeitos retroativo (*ex tunc*), pois se tem a ideia de que a norma sempre foi inconstitucional, logo, ela não possuía força normativa. Todavia, há críticas sobre o período de inconstitucionalidade, sendo levantada a ideia de constitucionalidade da norma quando de sua criação, a qual, pela mudança e evolução da sociedade veio a se tornar inconstitucional.

Em razão disso, a Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo de julgamento de ADI, indica a possibilidade excepcional da aplicação do efeito *ex nunc*. Nota-se, então, nos casos em que a segurança jurídica está envolvida ou há interesse social relevante, pode o STF pela maioria de 2/3 do ministro fazer com que o *ex tunc* se torne *ex nunc* modulando seus efeitos de uma forma adequada. Exemplo: uma lei garante certos benefícios para uma classe de pessoas, todavia foi aprovada sem observar o quórum, logo, ela é formalmente inconstitucional, porém o benefício tem sido pago há 10 anos.

Dessa forma, de acordo com o efeito *ex tunc* tudo que recebeu deveria ser devolvido, mas, nesse caso, excepcionalmente, o STF aplicaria o efeito *ex nunc*, então não teria que devolver, apenas deixaria de receber a partir do momento que foi declarada inconstitucional ou em momento que venha a ser fixada, tendo em vista que as pessoas que recebiam o benefício teriam que se ajustar.

Portanto, por meio da modulação temporal, não será considera nula a lei desde o seu nascimento, mas considera-a válida até determinado momento, fazendo com que a declaração de inconstitucionalidade surta efeitos em um momento futuro ao nascimento da lei. Esse momento futuro pode ser a data da própria decisão ou mesmo outra data fixada.

De modo correlato, a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão, prevista expressamente no controle abstrato (Lei 9.868/1999 e Lei 9.882/1999), também é admitida, embora excepcionalmente, no controle difuso-concreto quando justificada por razões de segurança jurídica ou de interesse social.

---

<sup>8</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3601 ED/DF.

Diferentemente do controle difuso, que é um processo constitucional subjetivo, o controle abstrato é um processo constitucional objetivo, com finalidade primordial de assegurar a supremacia da Lei Magna. Como decidido pelo STF: “[...] *não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade*”<sup>9</sup>.

Já no controle abstrato, não se parte de um caso concreto, não objetivam dirimir conflitos envolvendo pretensões relativas a direitos subjetivos. Agora, o processo é meramente objetivo, a finalidade é a própria declaração de inconstitucionalidade. A discussão recai sobre a compatibilidade com a Constituição. Destarte, a declaração de inconstitucionalidade da lei, então, passa a ser objeto, tornando-se o próprio pedido, e não a causa de pedir.

A decisão possui efeito *erga omnes*, que significa dizer que vale para todas as pessoas em território nacional, incluindo-se o Poder Público, de modo que não precisam buscar referendar a decisão, por ser oponível contra todos, e não apenas contra aqueles que fizeram parte em litígio, justamente pelo fato de ser um processo objetivo de invalidade uma norma. O objetivo do efeito *erga omnes* é a segurança jurídica emprestando maior efetividade as decisões proferidas

A eficácia *erga omnes* diz respeito a quem terá de observar a decisão proferida no âmbito do controle de constitucionalidade. Simplesmente, trata-se de delimitação de qual parte da decisão é coberta pela coisa julgada, pautando-se pelos limites objetivos da coisa julgada. A respeito do fator temporal, ou seja, quando os efeitos serão produzidos, em nada diferem do que já foi afirmado em relação ao controle difuso/concreto, isto é, a lei inconstitucional é nula desde o nascimento, logo, não possuía força normativa para produzir efeito, portanto deve retroagir.

Vale mencionar a exceção no caso de controle abstrato, no qual a declaração de inconstitucionalidade não terá efeitos *ex tunc*, trata-se da decisão em liminar de controle abstrato, que nesse caso, em regra, produz efeitos *ex nunc*, salvo se o STF reconhecer expressamente efeitos *ex tunc*. Evidente, portanto, que na decisão liminar de inconstitucionalidade, a ordem se inverte, ao invés da regra ser efeitos *ex tunc* e a exceção ser efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, agora a regra é produzir efeitos *ex nunc* e a exceção são os efeitos *ex tunc*<sup>10</sup>

<sup>9</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIN-AgR 1254/RJ

<sup>10</sup> FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Análise dos efeitos nas decisões em sede de controle de constitucionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26071>. Acesso em: 10 ago. 2023.

A razão dessa exceção está no fato de uma decisão liminar não ser definitiva, logo, seria um absurdo desconstituir os efeitos tendo como base uma decisão que pode não vir a ser confirmada, dessa maneira ocasionaria caos e insegurança jurídica sem precedentes. Todavia, podemos chamar de exceção da exceção a segunda parte do art. 11, §1º, da Lei 9868/99, pois informa que caso o Tribunal entenda pode aplicar o efeito *ex nunc*.

Destarte, em função do valor constitucional conferido à coisa julgada, a possibilidade de sua desconstituição sempre foi vista com reserva, apesar de admitida excepcionalmente.<sup>11</sup> Sintetizando, em regra, o controle concentrado/abstrato possui efeito *ex tunc*, por ser nula desde o início, porém, a exceção se dá em decisão liminar a qual terá efeito *ex nunc* a menos que o Tribunal entenda que deva retroagir, dessa forma a decisão liminar terá efeito *ex tunc*, pois é a exceção da exceção.

Importante aspecto é o fato de não vincular o Poder Legislativo e nem o Plenário do STF. Consequentemente, se o STF decide em controle abstrato que determinada lei é constitucional, a Corte poderá mudar seu entendimento e decidir que esta mesma lei é inconstitucional em face de mudanças no cenário jurídico, político, econômico ou social do país.

Por fim, quanto a sua extensão, o controle abstrato existe a possibilidade de o Supremo declarar a lei inconstitucional, mas não necessariamente a lei inteira, podendo ser uma parte ou utilizar-se de métodos interpretativos. Ou seja, pode haver redução total ou parcial e pode não haver redução do texto. No que diz respeito a alteração sem redução de texto, ela se justifica pelo fato do texto normativo possuir mais de uma interpretação, nesse caso, uma delas é constitucional e a outra não, dessa maneira o STF está declarando inconstitucional uma interpretação em relação a lei que tem mais de um sentido e não a escrita em si.

Arelado a isso, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 979.962/RS é exemplo muito útil a demonstrar as consequências de uma decisão não pautada na proporcionalidade. Contudo, antes de tratar diretamente dos efeitos da decisão no RE faz-se necessário uma análise sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, efeito repristinatório e repristinação para entender a discussão levantada pela decisão do STF.

---

<sup>11</sup> DELLORE, Luiz. Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

Ação direta de inconstitucionalidade ou ADI é um instrumento utilizado no chamado controle direto de constitucionalidade, que tem como objeto leis ou atos normativos federais, estaduais e distritais posteriores a Constituição Federal de 1988, portanto, caso o ato seja anterior a 1988 não caberá ADI, mas sim ADPF (arguição de preceito fundamental). De acordo com o art. 102, da Constituição Federal<sup>12</sup>, a ADI é exercida perante o STF, o qual possui a competência para julgar. Por meio desta ação, o STF é provocado para decidir sobre a legitimidade da lei em tese, por meio de ação direta, dispensando-se a necessidade de qualquer afronta a interesse subjetivo.

O objetivo basilar é a proteção da ordem jurídica objetiva, anulando, e como veremos a diante, por ser inconstitucional tem-se a premissa que ela nunca existiu/deveria existir e, portanto, nunca produziu efeitos e deverá ser retirada do ordenamento jurídico tendo em vista serem incompatíveis com a Constituição. Sobre o sistema abstrato de constitucionalidade, assim se pronuncia a jurisprudência do STF:

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE SITUAÇÕES INDIVIDUAIS E CONCRETAS. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.<sup>13</sup>

Portanto, o objetivo da ação direta de inconstitucionalidade é a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou seja, a procedência de um pedido de ADI gera a declaração de inconstitucionalidade, por outro lado, a improcedência do pedido ocasiona a declaração de constitucionalidade.

Entende-se por leis todas as espécies normativas definidas na Constituição Federal de 1988 no artigo 59<sup>14</sup>, sendo: emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, bem como os tratados internacionais. Vale ressaltar que os tratados e convenções internacionais sobre direitos

<sup>13</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RTJ 164/506-509.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 20 ago. 2023

humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dispõe o art. 102, I, a da CF/88<sup>15</sup>, que a ADI pode ser proposta contra lei ou ato normativo federal ou estadual eivados do vício da inconstitucionalidade, englobadas nesse conceito estão as espécies normativas previstas no artigo 59 da Constituição Federal, abrange também os princípios constitucionais implícitos.

### **3 O EFEITO REPRISTINATÓRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA DECISÃO JUDICIAL**

Há que se estabelecer, a partir de então, a diferença entre os institutos da repristinação e do efeito repristinatório, pois a despeito da semelhança dos vocábulos, possuem significação diversa. A repristinação envolve 3 (três) leis e é um instituto que determina a vigência de uma Lei revogada em virtude da revogação da Lei que a revogou em um primeiro momento. Em outras palavras, é o fenômeno jurídico pelo qual uma Lei volta a vigorar após a revogação da Lei que a revogou.

Nas palavras do professor Marcelo Novelino:

A repristinação consiste no restabelecimento de uma condição anterior. No direito, o fenômeno ocorre quando uma norma restaura sua vigência em virtude da revogação da norma que a revogou. Admite-se, como regra, apenas repristinação expressa.<sup>16</sup>

Exemplificando, suponha que exista uma Lei A, e posteriormente vem uma Lei B revogando a Lei A. Depois disso, uma nova Lei, que chamaremos de Lei C revoga a Lei B, a pergunta que se faz nesse momento é: uma vez que a Lei B, que revogava a Lei A, foi revogada, a Lei A voltaria a valer? Já que a lei que a revogava não está vigente?

Na doutrina, há quem sustente tanto a repristinação automática (que nesse caso a Lei A voltaria a valer sem declaração expressa), como os que afirmam a necessidade de

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.aspx](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.aspx). Acesso em: 19 ago. 2023.

<sup>16</sup> NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16ª Edição. Editora JUSPODIVM, 2021.

disposição expressa na norma que revoga a Lei B para que haja a volta da vigência da Lei A.<sup>17</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso a necessidade de disposição expressa do legislador para que a lei produza efeitos repristinatórios, concepção que foi adotada pela Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), dogmatizando, assim, a vedação da repristinação implícita no nosso ordenamento.<sup>18</sup>

Maria Helena Diniz afirma que a restauração automática da vigência da norma primitiva revogada é condenável juridicamente por colocar em risco a segurança jurídica, tendo em vista as dificuldades que causaria na aplicação do direito, uma vez que seria quase impossível para os operadores do direito terem ciência de quais normas estariam vigentes se fosse admitido tal instituto no nosso ordenamento jurídico.<sup>19</sup>

Podemos concluir então que, a legislação que tenha perdido sua eficácia anteriormente à edição da nova Constituição Federal não irá readquiri-la com sua promulgação, sob pena de violação clara à segurança jurídica.

No controle concentrado (ou abstrato) de constitucionalidade, pois está “concentrado” em um único Tribunal (STF) ocorre fenômeno às vezes confundido com a repristinação. Olavo Alves Ferreira esclarece bem a questão, *in verbis*:

O efeito repristinatório é "o fenômeno de reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Já a repristinação, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma efetivamente revogada em função da revogação (e não anulação) da norma revogadora". Esta somente é permitida no caso de previsão legislativa expressa, por vedação da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 3º, e trata-se de fenômeno legislativo, que envolve necessariamente três leis. Aquela constitui efeito automático da decisão que declara a nulidade de um ato normativo, que não revogou validamente outro, e envolve duas leis e uma decisão judicial no controle abstrato.<sup>20</sup>

O efeito repristinatório, diferentemente da repristinação, envolve 2 (duas) leis, na qual a Lei B, que revogou a Lei A, era inconstitucional, ou seja, desde o início era nula e, dessa maneira, não tinha força normativa, portanto, nunca teve eficácia e não poderia produzir

<sup>17</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. vol. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 131.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira, 2006, p. 90.

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 10. ed., adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 85.

<sup>20</sup> FERREIRA, Olavo Alves, Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

efeitos no ordenamento jurídico. Logo, a Lei A nunca foi revogada. Percebe-se, então, uma clara diferença, tendo em consideração que não se trata de repristinação, mas do chamado “efeito repristinatório” e, ao contrário da repristinação, esse efeito é sempre tácito ou automático e está previsto no artigo 11 § 2º da lei 9.868/99, enquanto o instituto da repristinação está previsto no art. 2º, §3º, da LINDB.

Eduardo Alexandre Young Abrahão e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira diferenciam de forma sintética os dois institutos:

A repristinação é um fenômeno legislativo que versa sobre vigência. O efeito repristinatório é uma decorrência da declaração de nulidade de um ato normativo que não revogou validamente outro, envolvendo duas leis ou atos normativos e uma decisão judicial ou ato normativo editado pelo Chefe do Poder Executivo.<sup>21</sup>

Isto é possível graças ao princípio da nulidade do ato inconstitucional. Para este princípio implícito, extraído do controle difuso de constitucionalidade e acolhido em nosso ordenamento, o ato inconstitucional já nasce eivado de nulidade. É que a lei declarada inconstitucional pelo STF na ação direta de inconstitucionalidade é considerada nula *ipso jure* e, em regra, a decisão reveste-se de efeitos retroativos, ou seja, tem seus efeitos retroagidos para o início da norma impugnada, motivo pelo qual se afirmar que a natureza dessa decisão é declaratória.

Na síntese de Rui Medeiros, “a norma pretensamente revogada pela norma inconstitucional se mantém em vigor. Declarada a inconstitucionalidade da norma revogadora, constata-se que ocorreu uma mera pretensão da norma nula revogar outra norma.”<sup>22</sup> Nota-se, portanto, que instituto da repristinação e o efeito repristinatório não se confundem. No âmbito doutrinário Clèmerson Merlin Clève os distingue:

É possível estabelecer distinção entre o puro efeito repristinatório e a repristinação. Por efeito repristinatório identificar-se-ia o fenômeno da reentrada em vigor da norma aparentemente revogada. Já a repristinação, instituto distinto, substanciaria a reentrada em vigor da norma efetivamente revogada em função da revogação (mas não anulação) da norma revogadora.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ABRAHÃO, Eduardo Alexandre Young. O efeito repristinatório no controle difuso de constitucionalidade e a vedação de decisões surpresa. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 231-254, jul. 2017. ISSN 2447-6641. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1320>. Acesso em: 02 out. 2023.

<sup>22</sup> MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

<sup>23</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 250.

Por sua vez, o instituto do efeito repristinatório ocorre na declaração de inconstitucionalidade (ADI) em sede de controle de constitucionalidade, no caso em que a lei revogadora foi decretada nula por ser inconstitucional e, conseqüentemente, jamais possuiu força normativa de revogar a lei anterior, essa, portanto, não perdeu sua vigência.

Outro ponto que merece especial atenção refere-se ao que o Supremo Tribunal Federal e a doutrina denominam de efeito repristinatório indesejado, sobre isso, Meireles salienta que:

O efeito repristinatório indesejado ocorre em duas ocasiões. Na primeira, ele ocorrerá quando a norma a ser repristinada padece de vício de inconstitucionalidade tão ou ainda mais grave do que o da norma declarada inconstitucional, razão pela qual não deve ela, em hipótese alguma, ter sua eficácia restaurada. A restauração da vigência e eficácia de lei ou ato normativo que padece de vício de inconstitucionalidade resultaria num verdadeiro atentado contra os princípios da segurança jurídica e da supremacia da norma constitucional.<sup>24</sup>

Todavia, o Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, pode afastar o efeito repristinatório, caso o efeito repristinatório possa gerar situação indesejada de restabelecer lei ou ato administrativo anterior inconstitucional para garantir a segurança jurídica, mesmo que a matéria não tenha sido impugnada na ação direta, como prevê o texto do §2º do art. 11 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

A partir de toda a explicação do funcionamento do controle de constitucionalidade, diferenciando os efeitos, é de rigor apontar o equívoco desproporcional e as infelizes consequências trazidas pela decisão do RE, o qual tratou do art. 273, do CP, cuja redação anterior era "Alterar substância alimentícia ou medicinal: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa".

Vale mencionar que, ao se buscar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade, a Corte não trata o tema de modo racionalmente estruturado. Na maioria das vezes não é feita qualquer distinção entre razoabilidade e proporcionalidade, valendo-se dos termos como se sinônimos fossem, além de

---

<sup>24</sup> MEIRELES, José Humberto Abrão. Aplicação do efeito repristinatório indesejado nas sentenças declaratórias de inconstitucionalidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2773, 3 fev. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18406>. Acesso em: 19 jul. 2023.

utilizarem-se os institutos de modo puramente retórico, sem uma maior preocupação com a análise pormenorizada dos elementos que compõem o teste de proporcionalidade.<sup>25</sup>

Com a modificação imposta pela Lei nº 9.677/98, o artigo foi alterado para: "Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa"<sup>26</sup>. Nota-se, então, um aumento de forma desproporcional na pena de maneira que a mesma foi de 1 (um) a 3 (três) anos para de 10 (dez) a 15 (anos).

O STJ entendeu no AI no HC 239.363/PR, por arguir a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, V, do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 9.677/1998, por ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que possa o Colegiado promover o redimensionamento da pena aplicada ao paciente:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (...) 3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretense usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública. (...) 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.<sup>27</sup>

Já o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária ocorrida no dia 24/03/2021, julgou inconstitucional a pena cominada à conduta de importar medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A maioria dos Ministros considerou desproporcional a pena, maior do que a cominada para crimes mais graves, e decidiu repristinar, para o inciso I do § 1º-B, a pena cominada ao art. 273, antes da Lei 9.677/98 (que também incluiu no tipo penal o dispositivo sob julgamento). Firmou-se a seguinte tese de repercussão geral:

<sup>25</sup> BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

<sup>26</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm) . Acesso: 02 out. 2023.

<sup>27</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI no HC 239.363/PR.

É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/1998 – reclusão de 10 a 15 anos – à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica reprimado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária – reclusão de um a três anos e multa” (RE 979.962/RS, j. 24/03/21).<sup>28</sup>

Isto posto, o STJ determinou que se aplicasse por analogia as penas de outros crimes, o que seria uma afronta ao princípio da legalidade. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, pautou-se em conformidade às regras do controle de constitucionalidade, mas esquivou-se dos princípios do Direito Penal. Isso porque fora declarada a inconstitucionalidade do artigo e retornada a pena do artigo 273 do Código Penal. O STF ao declarar a inconstitucionalidade e reverter a pena do art. 273, CP reprimou, tornando válido o que já estava morto, não levando em consideração diversos princípios constitucionais inerentes ao direito penal para fazer tal julgamento.

Há uma regra dominante em termos de conflito de leis penais no tempo. É a da irretroatividade da lei penal, sem a qual não haveria nem segurança nem liberdade na sociedade, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da anterioridade da lei, consagrado no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.<sup>29</sup> Portanto, em relação a aplicação dos efeitos reprimatórios, somente funcionaria se houver a completa restauração da norma anteriormente revogada, sendo inviável julgar um crime, a exemplo do delito de falsificação de produto terapêutico ou medicinal com a pena de outro, pois constitui-se combinação de normas.

#### **4 O EVIDENTE CONFLITO ENTRE A PENA DO ART. 273, DO CP E A PROPORCIONALIDADE: UM PASSO À INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA**

Como demonstrado anteriormente, a mudança ocorrida no art. 273, do CP é em relação ao aumento desproporcional da pena. A noção de princípio constitucional é clarificada: trata-se do mandamento, como um todo, do núcleo do ordenamento jurídico-constitucional. Todo e qualquer dispositivo que desatenda a princípios constitucionais ferirá a Constituição Federal.

<sup>28</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 979.962/RS.

<sup>29</sup> BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal. V. 1. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2020.

É importante a lição é dada por Alberto Silva Franco, ao defender que:

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto da tutela e a consequência jurídica. Trata-se, para empregar expressões próprias da análise econômica do Direito, de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: se se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão ser cominadas penas que resultem desproporcionadas com a gravidade da conduta.<sup>30</sup>

Em suma, o princípio da proporcionalidade que obriga em primeiro lugar o legislador exige a concretização de um juízo de adequada ponderação entre o bem ou interesse que se lesa ou que se coloca em perigo (gravidade do delito) e o bem que se restringe ou que se priva por meio da pena.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, em decisão 1971, pronunciou-se da seguinte forma:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.<sup>31</sup>

Verifica-se na decisão do Tribunal alemão a presença de um outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade (Erforderlichkeit) da medida. Conhecido também, como "princípio da menor ingerência possível", consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, "se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.

Há, ainda, outro requisito, igualmente desenvolvido na doutrina alemã, identificado como proporcionalidade em sentido estrito. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.<sup>32</sup>

Ao examinar a compatibilidade entre meio e fim, e as nuances de necessidade-proporcionalidade da medida adotada, a atuação do Judiciário transcende à do mero controle objetivo da legalidade. E o conhecimento convencional, como se sabe, rejeita que o Juiz se

<sup>30</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: RT, 2005.

<sup>31</sup> BVerfGE, 30, 292(316). y. Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de teoria constitucional* 1989, p. 87.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

substitua ao administrador ou ao legislador para fazer sobrepor a sua própria valoração subjetiva de dada matéria.<sup>33</sup>

Canotilho informa que se trata "de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”<sup>34</sup>

Miguel Reale Junior acerca da "Lei dos Remédios", argumenta que

Não há interpretação que possa ser feita para conformar a norma aos valores e princípios constitucionais. A interpretação congruente com a Constituição tem limites, pois deve-se neste esforço, para salvar a norma, analisar as possibilidades de ambos os textos, o constitucional e o a ser conservado, de acordo com o tê-los de ambos. (...) A aberrante desproporção entre a gravidade do fato de vender (...) saneante sem registro e a gravidade da sanção cominada impõe que se reconheça como inafastável a inconstitucionalidade da norma penal do artigo 273, §1º-B, I, do CP, introduzido pela Lei 9.677/98 e do art. 1º da Lei 9.695/98, em virtude de lesão a valores e princípios fundamentais da Constituição. O mesmo ocorre com relação aos demais incisos, excetuando o já aludido inc. IV.<sup>35</sup>

É fundamental destacar que não se está argumentando a favor da atipicidade das ações descritas no art. 273 do Código Penal. No entanto, é imprescindível que o Direito não permita que atos como importar um medicamento sem registro resultem em penas mais severas do que aquelas aplicadas a homicídios, que visam proteger o bem jurídico mais supremo de todos, a vida. Essa discrepância nas punições levanta questões significativas sobre a justiça e a proporcionalidade do sistema legal.<sup>36</sup>

Importa observar, segundo salienta Padovani<sup>37</sup>, que a proporcionalidade entre delitos e penas não precisa chegar ao ponto de impor soluções matemáticas entre estes dois institutos, de forma a gerar leis minuciosas e complicadas. No entanto, a fim de que se contemplem no ordenamento jurídico leis capazes de indicar, por meio das penas cominadas, uma quantificação racional da reprovabilidade da conduta afrontosa ao bem jurídico, torna-se

<sup>33</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 4ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

<sup>35</sup> REALE, Miguel Jr. A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. Revista dos Tribunais 763, São Paulo: RT, 1999.

<sup>36</sup> LAURENTINO, Wendel. A inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2398, 24 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14232>. Acesso em: 3 out. 2023.

<sup>37</sup> PADOVANI, T. La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 423.

necessário que as margens mínimas e máximas da pena cominada *in abstracto* correspondam a uma razão fixa, de modo que o máximo represente um múltiplo definido do mínimo.<sup>38</sup>

Agora vejamos, a reprimendação não é possível, em tese, no direito penal, mas no caso do art. 273, do CP, o Supremo rediscutiu parte de uma lei penal revogada, aumentando as hipóteses de incidência do tipo penal, exagerando na pena prevista e, ainda, passou a incluir no rol de crimes hediondos, sem que, em contrapartida, a conduta oferecesse tamanho risco à saúde pública.

Tamanha consternação se demonstra no caso de o agente introduzir um produto destinado a fim medicinal sem o devido registro (ANVISA), o qual estará sujeito a uma pena de no mínimo dez anos de reclusão. Importante ressaltar que neste caso, o produto não precisa ter sido adulterado, pode estar em perfeitas condições, basta introduzi-lo sem o devido registro, como preceitua o art. 273, inciso I do § 1º-B: sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente.

Dessa maneira, o legislador entendeu que o fato de um medicamento não estar registrado, ele, conseqüentemente, seria prejudicial à saúde utilizando-se de uma presunção legal de periculosidade para o bem jurídico protegido, no entanto, não é o que ocorre na realidade, pois não se trata de um medicamento falsificado/corrompido, apenas não registrado pela ANVISA e, portanto, não é proporcional se apontar uma periculosidade tamanha.

A solução encontrada foi declarar a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, do CP e aplicando-se, em analogia, a pena estabelecida no artigo 33 da lei nº 11.343/06, qual seja, 05 a 15 anos de reclusão, gerando uma desproporção sem precedentes. Vejamos.

Fica nítido a desproporção quando comparado a outros crimes, lembrando que a pena do art. 273, do CP é de 10 (dez) a 15 (anos), como por exemplo a) homicídio simples, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos; b) roubo, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa; c) estupro, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos; d) tráfico de drogas, a pena é de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos.

Logo, nenhum desses quatro crimes acima possuem pena mínima maior que do art. 273, do CP, então não parece lógico alguém que eventualmente mate, roube, estupe ou trafique drogas ter uma pena menor do que alguém que introduz um remédio sem o devido registro,

---

<sup>38</sup> MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003.

podendo o medicamento estar em perfeitas condições e ser normalmente comercializado em outros lugares, bastando a ausência de registro.

Analizando o voto do Ministro Roberto Barroso, nota-se o desrespeito ao princípio da legalidade, pois determinou o retorno do processo ao TRF da 4ª Região para aplicação do preceito secundário previsto para o delito de contrabando, e propunha a fixação da seguinte tese (tema 1003 da repercussão geral): É inconstitucional o preceito secundário do art. 273 §1º-B, do Código Penal, devendo ser aplicadas à violação das condutas previstas no seu preceito primário, mediante analogia favorável ao réu, as penas previstas no art. 334-A do Código Penal”, no que foi acompanhado pelo Ministro Nunes Marques.

Com isso, declarando inconstitucional a pena prevista e aplicando o preceito secundário previsto em outro tipo penal, ignorou o princípio da legalidade, criando uma terceira lei, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico, portanto, um tipo penal que tenha seu preceito secundário declarado inconstitucional perde a força normativa do preceito primário.

Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário trazido pela lei nº 9.677/98 ao artigo 273 (reclusão de 10 a 15 anos, e multa) a ser aplicado ao art. 273 §1º-B, do Código Penal, determinando ao TRF da 4ª Região que proceda à nova dosimetria da pena, nos termos determinados, e propunha a fixação da seguinte tese: É inconstitucional a redação dada ao preceito secundário do art. 273 (reclusão de 10 a 15 anos, e multa) e previsto nos seus §§ 1º, 1ºA e 1ºB, do Código Penal, pela Lei nº9.677/1998, devendo ser aplicada à violação das condutas previstas em seus preceitos primários as sanções previstas na redação original do Código Penal (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

Neste passo, temos que a repristinação da pena anterior a lei 9677/98, que alterou a pena do artigo 273, colocando a pena mínima de 10 anos e a máxima de 15 anos, trazendo de volta a pena de 1 a 3 anos e multa, ser uma solução mais adequada aos entendimentos doutrinários e jurisprudencial da Suprema Corte.<sup>39</sup>

Dessa vez, ao declarar a inconstitucionalidade e reverter a pena do art. 273, CP repristinou, o que não cabe no Direito Penal, do ponto de vista dogmático e metodológico penal para fazer tal julgamento. As soluções possíveis para o caso do artigo 273, do CP seriam; a) aplicar o princípio da insignificância, respeitando a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, a inexpressividade da lesão jurídica causada; b) desclassificar toda a conduta

---

<sup>39</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. Revista Forense, v. 94, n. 341, p. 3-12, 1998.

para o crime de tráfico de drogas, ou descaminho; c) considerando a aplicação dos efeitos ripristinatórios, cabível se houve a desclassificação igualmente integral da conduta, pois caso contrário estaria criando um novo tipo penal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O efeito ripristinatório é uma das consequências diretas da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle de constitucionalidade, restaurando as normas revogadas pelo diploma normativo objeto, pois este sendo nulo, não produz o efeito de revogar as leis anteriores. O controle de constitucionalidade é o meio empregado para garantir a conformidade entre as normas emanadas do legislador e aquelas inseridas na Constituição Federal. Está embasado no princípio da Supremacia da Constituição, segundo o qual a Constituição está em posição hierárquica superior em relação às demais normas jurídicas.

A teoria da nulidade da norma inconstitucional se baseia no fato de que toda norma infraconstitucional encontra na Constituição fundamentos de validade e sustentação. Não estando em harmonia com a Lei Maior, sua existência não poderia ser validada, sendo, portanto, nula. Nessa ótica, todo o processo de seleção de bens jurídicos, das penas e o processo de efetiva aplicação das sanções penais deve obediência ao princípio da proporcionalidade, posto que no Estado Democrático de Direito a intervenção penal somente restará legitimada quando visar tutelar de forma subsidiária bens jurídicos e a punição penal se revelar socialmente adequada.

Vale mencionar que não se defende de forma alguma a atipicidade da conduta prevista no art. 273 do Código Penal, apenas a adequação da pena ao crime, haja visto que tem como consequência uma pena maior que diversos crimes, todavia a conduta é nitidamente menos gravosa.

Portanto, ficou claro que o princípio da proporcionalidade possui força vinculante sistema de Estado, uma vez que a lei, principalmente no Código Penal, se não obedecer a este princípio torna-se inconstitucional. Logo, a aplicação do efeito ripristinatório pelo STF está intimamente ligada aos motivos de segurança jurídica que só pode ser alcançada a partir da estabilização de uma decisão, ou seja, a impossibilidade de que ela seja alterada sem motivação devida.

## **REFERÊNCIAS**

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira, 2006.

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal. V. 1. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIN-AgR 1254/RJ

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 979.962/RS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3601 ED/DF.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI no HC 239.363/PR

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RTJ 164/506-509.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de novembro de 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao). Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

DELLORE, Luiz. **Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 10. ed., adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 85.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Análise dos efeitos nas decisões em sede de controle de constitucionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3814, 10 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26071>. Acesso em: 10 ago. 2022.

FERREIRA, O. A. V. A.; ABRAHÃO, E. A. Y. A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE E A APLICAÇÃO DO ART. 10 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 421–455, 2017. DOI: 10.25245/rdsp.v5i1.190. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br:443/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/190>. Acesso em: 2 out. 2023.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Controle de constitucionalidade e seus efeitos**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ABRAHÃO, Eduardo Alexandre Young. O efeito repristinatório no controle difuso de constitucionalidade e a vedação de decisões surpresa. **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 231-254, jul. 2017. ISSN 2447-6641. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1320>. Acesso em: 02 out. 2023.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. **Revista Forense**, v. 94, n. 341, p. 3-12, 1998.

LAURENTINO, Wendel. A inconstitucionalidade do artigo 273 do Código Penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2398, 24 jan. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14232>. Acesso em: 27 jun. 2022.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal. São Paulo. **Revista dos Tribunais**. 2003.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MEIRELES, José Humberto Abrão. Aplicação do efeito repristinatório indesejado nas sentenças declaratórias de inconstitucionalidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2773, 3 fev. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18406>. Acesso em: 5 jul. 2022.

MONTES NETTO, Carlos Eduardo; NUNES, Danilo Henrique; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. **Revista Direito Culturais - URI Santo Angelo**, v. 17, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª Edição. Editora JUSPODIVM, 2021.

PADOVANI, T. La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale, in **Riv. it. dir. proc. pen.**, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE, Miguel Jr. A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios. **Revista dos Tribunais** 763, São Paulo: RT, 1999.

Submetido em 05.10.2023

Aceito em 15.10.2023