

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
REQTE.(S) : **PARTIDO POPULAR SOCIALISTA**
ADV.(A/S) : **PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **GRUPO GAY DA BAHIA - GGB**
ADV.(A/S) : **THIAGO GOMES VIANA**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS - ABGLT**
AM. CURIAE. : **GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL - GADVS**
ADV.(A/S) : **ALEXANDRE GUSTAVO DE MELO FRANCO BAHIA**

DESPACHO: Ouçá-se o eminente Procurador-Geral da República, **notadamente** sobre a admissibilidade da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, **com particular destaque** para o pleito que objetiva estender, *por via jurisdicional*, **mediante** analogia (“*in malam partem*”?), a Lei nº 7.716/89.

Faço esse registro **em razão** do fato, *juridicamente relevante*, **de que a definição típica** das condutas delituosas **está subordinada** ao postulado constitucional da reserva absoluta *de lei formal* (CF, art. 5º, XXXIX), **o que inviabiliza** qualquer pleito cujo acolhimento **implique desconsideração** dessa garantia fundamental, **segundo a qual** “*não há crime sem lei anterior que o defina*”, **excluída**, portanto, **a possibilidade** de utilização de provimento jurisdicional **como sucedâneo** de norma legal. (grifei)

Ninguém pode ignorar que, *em matéria penal*, **prevalece, sempre**, o postulado da *reserva constitucional de lei em sentido formal*.

Esse princípio, **além** de consagrado **em nosso** ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), **também encontra** expresso reconhecimento na **Convenção Americana** de Direitos Humanos (Artigo 9º) **e no Pacto**

ADO 26 / DF

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), **que representam** atos de direito internacional público a que o Brasil **efetivamente** aderiu.

Não se pode desconhecer, *portanto*, **considerado** o princípio constitucional *da reserva absoluta de lei formal*, **que o tema pertinente à definição do tipo penal e à cominação da sanção penal subsume-se** ao âmbito das **normas de direito material**, *de natureza eminentemente penal*, **regendo-se**, em consequência, **pelo postulado** da reserva de Parlamento, **como adverte** autorizado magistério doutrinário (FERNANDO GALVÃO, “Direito Penal – Curso Completo – Parte Geral”, p. 880/881, item n. 1, 2ª ed., 2007, Del Rey; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Direito Penal – Parte Geral”, vol. 1/718, item n. 1, 27ª ed., 2003, Saraiva; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, “Código Penal Comentado”, p. 315, 7ª ed., 2007, Renovar; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Tratado de Direito Penal”, vol. 1/772, item n. 1, 14ª ed., 2009, Saraiva; ROGÉRIO GRECO, “Código Penal Comentado”, p. 205, 2ª ed., 2009, Impetus; ANDRÉ ESTEFAM, “Direito Penal – Parte Geral”, vol. 1/461, item n. 1.3, 2010, Saraiva; LUIZ REGIS PRADO, “Comentário ao Código Penal”, p. 375, item n. 2, 4ª ed., 2007, RT, v.g.).

Daí a **precisa observação** feita por LUIZ FLÁVIO GOMES e por VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, vol. 4/122, 2008, RT) **no sentido de que**, *“no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (‘lex populi’ e ‘lex praevia’, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida (...)”* (grifei).

ADO 26 / DF

Isso significa, portanto, que somente lei interna pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação penal, com a consequente **exclusão de qualquer outra fonte formal, **como** os provimentos de índole *jurisdicional*.**

Publique-se.

Brasília, 09 de março de 2015.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator