

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL FRANCÊS

## THE CONSTITUTIONALISATION OF THE FRENCH CRIMINAL LAW

Bertrand de Lamy<sup>1</sup>

Tradução de Tracy Joseph Reinaldet<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo examina o movimento de constitucionalização do Direito Penal e do Processo Penal na França, através de uma análise detalhada dos precedentes jurisprudenciais do Conselho Constitucional francês.

Palavras-chave: Direito Francês. Direito Penal Constitucional. Direito Processual Penal Constitucional. Conselho Constitucional da República Francesa.

### ABSTRACT

This paper examines the constitutionalization movement of criminal law and criminal procedure in France, through a detailed analysis of the precedents of the French Constitutional Council.

Keywords: French Law. Constitutional Criminal Law. Constitutional Criminal Procedural Law. Constitutional Council of the French Republic.

---

<sup>1</sup> Professor Catedrático de Direito Penal da Universidade de Toulouse I Capitole (França). Diretor do curso de mestrado em Direito Penal e Ciências Criminais da mesma Universidade. *E-mail*: tracyreinaldet@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutorando em cotutela internacional pela Universidade de Toulouse I Capitole e Universidade Federal do Paraná e advogado criminal. Tradução revisada por Paulo César Busato, doutor em problemas atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha), professor da graduação, mestrado e doutorado da Universidade Federal do Paraná e da FAE Centro Universitário e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

## INTRODUÇÃO

O Direito penal constitucional nasceu recentemente no ordenamento jurídico francês. Pode-se explicar esse aparecimento tardio por duas razões.

Em primeiro lugar, por causa da definição de lei contida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>3</sup>. Tal diploma legal contém vários princípios jurídicos, tais como: o princípio da igualdade (art. 6º); o princípio de proibição de prisões arbitrárias (art. 7º); o princípio da necessidade das penas (art. 8º); o princípio da legalidade (art. 8º); e o princípio da presunção de inocência (art. 9º). Além disso, o art. 6º da Declaração define o que é lei. Segundo tal dispositivo, ela é a “expressão da vontade geral”<sup>4</sup>. Por tal razão, a lei deve proteger os direitos fundamentais proclamados pelo Estado e não pode ser utilizada de maneira abusiva. Face a tal definição, com a proclamação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, o legislador francês não previu nenhum mecanismo de controle do conteúdo da lei, uma vez que na época se pensava que a contestação da norma implicaria na contestação da vontade democrática. Assim sendo, o juiz deveria aplicar o texto legal, não examinando a validade ou a invalidade do seu conteúdo – até porque o legislador deveria necessariamente obedecer aos princípios dispostos na Declaração de 1789 no momento de criação da norma. Presumia-se, portanto, a lei como válida, sendo incabível o seu controle material.

Em segundo lugar, por conta da tardia aparição do Conselho Constitucional no ordenamento jurídico francês, o qual foi criado por intermédio da Constituição de 1958. Quando do seu surgimento, o papel do Conselho não era o de garantir as liberdades e os direitos fundamentais do cidadão. Inicialmente, ele possuía uma competência limitada ao contencioso eleitoral e à análise do respeito à repartição de competências legislativas. Portanto, no que tange ao controle da lei, o Conselho Constitucional simplesmente analisava se o ato do legislador tinha sido realizado pelo veículo correto, ou seja, se não havia no

---

<sup>3</sup> A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão é considerada hoje na França como integradora do que o Conselho Constitucional chama de *bloco de constitucionalidade*. Portanto, o valor normativo de tal diploma é equivalente ao valor normativo do texto constitucional (nota do tradutor).

<sup>4</sup> Segundo o artigo 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 maio 2016.

texto normativo nenhuma usurpação das competências legislativas previstas nos arts. 34 (competência legislativa da lei) e 37 da Constituição francesa (competência legislativa do regulamento).<sup>5</sup> Por tal razão, à partida, o Conselho Constitucional não emitia nenhum juízo a respeito do conteúdo da lei, limitando-se apenas a estimar se competia a matéria do texto normativo ser tratada por intermédio de um texto legal ou através de um texto regulamentador.

Além disso, sublinhe-se que a Constituição de 1958 não previa nenhum dispositivo que permitisse ao Conselho Constitucional um controle de constitucionalidade material. A França dessa época continuava, portanto, arraigada à ideia de que a lei é soberana e que, por servir à proteção dos direitos fundamentais, ela não poderia desrespeitar nenhum desses direitos.

Diante de tal contexto, o Conselho Constitucional teve que forjar, por intermédio de sua jurisprudência, o seu próprio controle de constitucionalidade. Em uma decisão histórica, prolatada no dia 16 de julho de 1971, o Pretório Excelso francês afirmou que o preâmbulo da Constituição de 1958 possui por si só um valor constitucional. Tal texto preliminar tem a seguinte redação:

O povo francês proclama solenemente o seu respeito aos direitos do homem e aos princípios da soberania nacional da forma como eles foram proclamados na Declaração de 1789, confirmados por sua vez pelo antigo preâmbulo da Constituição de 1946.<sup>6</sup>

De acordo com o Conselho, em razão da referência realizada pelo preâmbulo da Constituição de 1958 à Declaração de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 1946, esses dois textos também possuem um valor constitucional no ordenamento jurídico francês e devem ser respeitados por este. Tratam-se de diplomas legais que fazem referência aos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico – de modo que, consagrando um valor constitucional a tais textos, o Conselho encontrou um mecanismo através do qual ele poderia controlar o conteúdo e a constitucionalidade das leis francesas – visando justamente assegurar o respeito dos direitos e dos princípios previstos nos preâmbulos de 1946 e 1958 e na Declaração de 1789.

No entanto, se o Conselho Constitucional pôde, a partir de sua jurisprudência, criar um mecanismo de controle de constitucionalidade, continuavam a lhe faltar dispositivos legais para regular e legitimar esse controle. A composição do Conselho constitucional continuava tendo uma origem política, sendo ele formado por nove membros, dos quais: três eram nomeados pelo Presidente da República; três pelo Presidente da Assembleia Nacional; e três pelo Presidente do Senado.

---

<sup>5</sup> Constituição francesa, de 4 de outubro de 1958.

<sup>6</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 71-44 DC, prolatada em 16 de julho de 1971.

Além disso, ele só poderia ser provocado por intermédio de um controle de constitucionalidade *a priori*, ou seja, realizado antes da promulgação da lei; provocação esta que também era política, pois só poderia ser levada ao Conselho através do Presidente da República, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado ou, ainda, de um grupo formado por sessenta Deputados ou por sessenta Senadores.

Sem embargo, mesmo diante da carência de dispositivos legais, durante os anos que se seguiram à decisão prolatada em 1971, o Conselho foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade de diversos textos normativos que versavam sobre o Direito penal. Em suas decisões, ele começou a trabalhar com a técnica de “reserva de interpretação”. Quando o Conselho era instado a se pronunciar sobre um vício de constitucionalidade passível de correção, sem que fosse necessária a reedição do texto pelo poder legislativo, ele anunciava em sua decisão como o magistrado deveria interpretar a lei para que o dispositivo não desrespeitasse os princípios constitucionais. Foi a partir dessas “receitas de interpretação” que o Conselho forjou um Direito penal constitucional na França.

Na sequência, para potencializar esse controle de constitucionalidade de origem jurisprudencial, o legislador francês interveio, criando uma lei que, além de regulamentar melhor a atividade do Conselho Constitucional, previu a possibilidade de um controle de constitucionalidade *a posteriori*<sup>7</sup>. Assim, a partir de 2008, todo jurisdicionado pode, no bojo de um processo, manejar um incidente processual denominado *Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC)*, o qual tem como objetivo questionar a constitucionalidade de uma lei em vigor no ordenamento jurídico francês. Esse processo incidental deve ser proposto perante o primeiro ou o segundo grau de jurisdição. Em seguida, ele é transmitido à Corte de Cassação para posteriormente, mas somente após um juízo de admissibilidade, ser remetido ao Conselho Constitucional. Ainda de acordo com a liturgia de tal procedimento, o Conselho pode, na análise da matéria, revogar do ordenamento jurídico a lei tida como inconstitucional – tendo inclusive a faculdade de postergar os efeitos dessa revogação para um momento posterior à data da decisão, no intuito de dar tempo ao legislador para que este confeccione um novo texto.

No entanto, apesar de potencializar o controle de constitucionalidade por parte do Conselho Constitucional, a QPC foi duramente criticada. Em primeiro lugar, porque ela propõe um mecanismo de controle concentrado, de modo que os magistrados franceses não podem se manifestar sobre a constitucionalidade de uma lei – restando tal pronunciamento reservado ao Conselho. Em segundo lugar, porque de acordo com tal

---

<sup>7</sup> Lei Constitucional nº 2008-724, promulgada no dia 23 de julho de 2008 (nota do tradutor).

incidente processual a inconstitucionalidade da lei não pode ser levantada de ofício pelo magistrado da causa, mas deve, necessariamente, ser arguida pelas partes no processo. Contudo, apesar das críticas, a inovação legislativa de 2008 deu fôlego aos trabalhos do Conselho Constitucional – mesmo diante de outros dois fatores que ainda contribuíam para a lenta evolução do Direito penal constitucional na França.

Em primeiro lugar, a ausência de um juízo de constitucionalidade global quando da elaboração do novo Código Penal de 1992. Nosso *Codex Criminal* não possui nenhum artigo preliminar que faça referência às fontes do Direito penal ou aos princípios gerais (constitucionais) que o governam. Nesse contexto, a influência direta do Direito constitucional no Código só ocorreu pontualmente e em determinados artigos, como no art. 111-2, no qual o legislador ordinário retomou a divisão de competências legislativas previstas nos arts. 34 e 37 da Constituição: os crimes e os delitos só poderão ser legislados pela lei; enquanto que as contravenções penais podem ser editadas por intermédio do poder regulamentador exercido pela Administração Pública. Ou, ainda, como no art. 111-3, que faz referência direta ao princípio da legalidade, o qual está previsto no art. 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Contudo, outros princípios constantes no Código penal, como o da culpabilidade, por exemplo, ali foram postos não para consagrar eventual texto constitucional pertinente ao tema, mas sim por terem sido afirmados pela jurisprudência da Corte de cassação antes da reforma do Código Penal de 1810<sup>8</sup>.

Em seguida, a dificuldade intrínseca ao controle de constitucionalidade do Direito penal. Isto porque esse controle se encontra na encruzilhada formada pelas liberdades individuais e pelas escolhas de política criminal exercidas pelo poder público. A decisão do Conselho Constitucional deixa claro isto quando a Corte afirma que “os direitos constitucionais devem ser respeitados mesmo diante da difícil tarefa de se conciliar o exercício de tais direitos com a necessidade de se prevenir e reprimir os atentados à ordem pública”<sup>9</sup>.

Mas, apesar de tais dificuldades, o Direito penal francês vem pouco a pouco se constitucionalizando – o que nos permite analisar de que forma é realizado e legitimado o exercício do direito de punir na França. Qual é a liberdade do Estado no exercício do seu poder de legislar? Qual deve ser a qualidade redacional de uma norma penal para que ela seja tida como constitucional? Quais devem ser os contornos constitucionais da

---

<sup>8</sup> Arts 111-2 e 111-3 do Código Penal francês (FRANÇA. Código Penal, lei nº 92-683, de 22 de julho de 1992). Arts 34 e 37 da Constituição francesa (Constituição francesa de 1958). Art. 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

<sup>9</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 80-127, prolatada em 20 de janeiro de 1981.

responsabilidade penal? Uma pena poderia ser definida a partir da óptica constitucional? Essas questões parecem ser de difícil resposta quando contrapomos algumas características do Direito penal com os predicados do Direito constitucional. Se o Direito penal é, de um lado, um Direito de interpretação estrita, que busca não deixar espaço para o arbitrário; o Direito constitucional é, de outro lado, composto essencialmente por princípios gerais, por dispositivos de interpretação ampla e irrestrita, sem contornos precisos e delimitados. Como, então, conciliar esses dois Direitos tão heterogêneos entre si? Esse encontro do especial com o geral, do preciso com o genérico, não parece facilitar a criação de um Direito penal constitucional. No entanto, não obstante tais dificuldades, o Conselho Constitucional já se pronunciou sobre algumas das indagações supra consignadas. Em primeiro lugar, sobre o princípio da legalidade, o qual é a condição preambular da responsabilidade penal, vez que esta não existe sem aquele. Em segundo lugar, sobre os princípios que determinam os contornos da responsabilidade penal propriamente dita.

## 1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE CRIMINAL: CONDIÇÃO PREAMBULAR DA RESPONSABILIDADE PENAL

O reconhecimento da supremacia da lei pelo Direito francês se explica por intermédio das razões históricas que engendraram a promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Sendo a expressão da vontade popular, como enuncia o art. 6º da Declaração, somente a lei possui legitimidade para incriminar um comportamento.

No entanto, essa legitimidade não é absoluta e não está isenta de controles. Segundo o art. 8º da Declaração, “a lei não pode estabelecer penas que não as estritamente e evidentemente necessárias [...]”. Portanto, o primeiro controle ao qual a norma está submissa é o imperativo de necessidade; se não há necessidade, o legislador não possui liberdade para incriminar um comportamento. Mas este não é o único controle constitucional que pode ser oposto ao legislador. Em segundo lugar, tem-se a exigência de que o texto legal possua redação clara e precisa. Isso porque, como enunciava Portalis já no século XVIII, “em matéria criminal, somente um texto formal e anterior ao fato pode justificar uma condenação. Por tal razão, a lei deve ser clara e precisa, não devendo deixar espaço para a jurisprudência”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> No mesmo sentido manifestou Beccaria no seu livro “Des délits et des peines”, mais precisamente no título V. BECCARIA, Cesare. **Des délits et des peines**. Paris: GF, 2006. p. 22.

Assim sendo, para respeitar o princípio da legalidade, a lei não deve simplesmente existir, mais do que isso, ela deve, em primeiro lugar, obedecer ao imperativo de necessidade e, em segundo lugar, ser clara e precisa – justamente para que ela não se preste a servir como fundamento de um poder coercitivo arbitrário e abusivo. Sem embargo, não se pode olvidar que o princípio da legalidade é a expressão da soberania nacional, que detém o domínio do direito de punir e pode utilizá-lo quando julgar necessário.

Nesse contexto, não é fácil encontrar um equilíbrio entre, de um lado, o respeito à liberdade de criação do autor da norma e, de outro lado, o respeito à segurança jurídica do destinatário desta, ainda mais em uma matéria que a cada ano se torna mais instável, como é o caso do Direito penal. Entretanto, o Conselho Constitucional assume cada vez mais o papel de guardião desse equilíbrio, esforçando-se por fazer respeitar a liberdade de criação do legislador, sem deixar de controlar a qualidade de sua intervenção.

## 1.1 A PRESERVAÇÃO DA LIBERDADE DE INTERVENÇÃO DO LEGISLADOR

O Conselho Constitucional não pode se substituir ao legislador na apreciação da oportunidade e da conveniência da criação de uma lei. O poder legislativo é perfeitamente livre na escolha de sua política criminal. No entanto, o Conselho realiza um controle moderado do uso dessa liberdade por parte do legislador, notadamente no intuito de se fazer respeitar o imperativo de necessidade da incriminação. Dois dispositivos permitem que ele realize tal controle sobre o conteúdo da norma.

O primeiro dispositivo é o art. 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que pontua que a lei só possui o direito de proibir comportamentos que sejam lesivos à sociedade”. Como tal dispositivo permite um controle frontal da liberdade legislativa, o Pretório Excelso utiliza-o raras vezes, isso porque este não almeja se imiscuir diretamente na escolha político-criminal levada a efeito pelo legislador, não interferindo em demasia na liberdade deste.

O segundo é o art. 8º da Declaração, o qual proclama que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”<sup>11</sup>. Esse dispositivo permite um controle menos direto do conteúdo da lei, mas que não deixa de ser eficaz em razão do fato de que o referido artigo não estabelece nenhum critério de apreciação da necessidade da incriminação, restando o Conselho livre para efetuar tal análise como bem entender.

---

<sup>11</sup> Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Certamente o Conselho não possui um poder de apreciação equivalente ao do Parlamento francês e ele não pode se substituir ao legislador na verificação da oportunidade ou da conveniência da lei, mas ele pode analisar, por exemplo, se não há uma desproporção manifesta entre a infração e a pena imposta<sup>12</sup>.

Poderia se obter tal análise afirmando que o art. 8º da Declaração faz referência à pena e não à infração em si, de modo que o Conselho não possuiria competência para analisar o conteúdo da norma como um todo. Entretanto, dúvida não há de que o caráter necessário da pena só pode ser examinado a partir do comportamento incriminado. Portanto, é o conteúdo do ilícito em si que o Conselho analisa quando realiza seu controle de constitucionalidade a partir do art. 8º.

Foi com fundamento em tal dispositivo que o Pretório Excelso francês declarou inconstitucional a lei de reforço à repressão do terrorismo, a qual buscava aumentar a lista das infrações de terrorismo na França<sup>13</sup>. O Conselho invocou para tanto dois argumentos. Em primeiro lugar, o fato de que as infrações previstas na aludida lei não guardavam relação direta com o terrorismo. Em segundo lugar, a constatação de que outras incriminações previstas no ordenamento jurídico francês já permitiam punir tais comportamentos ilícitos. Assim, em razão das severas penas previstas para os atos de terrorismo e por causa dos argumentos acima expostos, o Pretório Excelso não viu necessidade na incriminação suplementar de tais comportamentos, razão pela qual declarou inconstitucional tal lei<sup>14</sup>.

No entanto, em situação análoga, o Conselho declarou constitucional uma lei que almejava incriminar o excesso de velocidade no trânsito, apesar do fato de que o comportamento ilícito em questão já poderia ser reprimido por intermédio de outras infrações em vigor<sup>15</sup>. Talvez o fator que explique tal diferença de resultados seja a quantidade de pena imposta como consequência jurídica do fato ilícito: lá, uma pena severa; aqui, uma multa. Mas, se podemos explicar tal disparidade de decisões de modo lógico, com base no princípio da necessidade, dúvida não há de que ela é responsável por deixar subsistir

---

<sup>12</sup> No entanto, raras são as hipóteses nas quais o Conselho realiza tal análise: Decisão do Conselho Constitucional nº 97-395, prolatada em 30 de dezembro de 1997. De toda sorte, no controle de constitucionalidade, o art. 8º é invocado com maior frequência do que o art. 5º da Declaração de 1789.

<sup>13</sup> De acordo com o art. 421-1 do Código Penal Francês, “Constituem atos de terrorismo os abaixo listados que, intencionalmente, através de uma empreitada individual ou coletiva, possuem por objetivo abalar gravemente a ordem pública através da intimidação ou do terror” Lei nº 92-683, 22 de julho de 1992). Em seguida ao *caput*, referido artigo traz uma lista dos atos que podem ser considerados como crime de terrorismo. A mencionada lei visava, portanto, incluir novos tipos penais em tal rol (nota do tradutor).

<sup>14</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 96-377, prolatada em 16 de julho de 1996.

<sup>15</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 99-411, prolatada em 16 de junho de 1999.



inúmeras incoerências legislativas no ordenamento francês, as quais são potencializadas por conta do receio do Pretório Excelso de limitar a liberdade do legislador. Esse temor faz com que o Conselho tenha uma jurisprudência oscilante: de um lado, em algumas decisões, ele deixa de controlar a criação legislativa com receio de mitigar a liberdade do legislador; mas, de outro lado, em outras decisões, ele realiza diretamente tal controle – visando assegurar o respeito aos princípios constitucionais e evitar uma intervenção legislativa discrepante. Analisemos mais algumas decisões.

No dia 12 de janeiro de 2002, o Conselho Constitucional decidiu que não é contrário à Constituição o fato de o legislador instituir no Código Penal e no Código do Trabalho duas incriminações idênticas, mas com campos de aplicação diferentes. Para o Conselho, o princípio da proporcionalidade, o qual decorre do princípio da necessidade, não é desrespeitado quando “várias disposições penais preveem a repressão do mesmo fato ilícito, desde que as sanções previstas sejam coerentes com a gravidade da infração em seu respectivo campo de aplicação”<sup>16</sup>.

Contudo, no dia 9 de setembro de 2011, o Conselho afirmou que é inconstitucional a atividade legislativa que acaba por editar duas infrações idênticas, sendo uma delas aplicável aos trabalhadores agrícolas e a outra aplicável aos demais assalariados. De acordo com o Pretório Excelso, essa inconstitucionalidade existe porque tais incriminações possuíam *in casu* naturezas diversas, sendo a primeira delitiva e a segunda criminosa – o que implicaria não só em diferentes penas, apesar do fato ilícito ser o mesmo, como também em procedimentos processuais e prazos prescricionais dessemelhantes<sup>17</sup>. Para o Conselho, essa dupla incriminação, a qual engendra penas diversas, só poderia ser tida como constitucional se existisse uma relação direta entre o bem jurídico protegido e a discrepância existente entre os destinatários das diferentes normas<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2001-455, prolatada em 12 de janeiro de 2002. Pode-se dizer que essa duplicidade legislativa deveria ter sido examinada à luz do princípio de determinação ou clareza da lei penal, até porque ela não se harmoniza facilmente com a ideia de uma intervenção legislativa de qualidade – a qual deve ser controlada pelo Conselho Constitucional.

<sup>17</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2011-161, prolatada em 9 de setembro de 2011.

<sup>18</sup> No entanto, a decisão do Conselho não é clara ao estabelecer uma exceção à inconstitucionalidade da dupla incriminação de um mesmo ato, não fornecendo nenhum critério preciso para identificarmos tal exceção. Portanto, o *decisium* confere ao legislador a possibilidade de multiplicar os textos penais, ainda que estes se sobreponham entre si – o que desrespeita novamente o princípio de precisão e clareza da lei penal.

Em outra decisão mais recente, o Conselho foi convidado para resolver o mesmo problema, mas agora à luz do princípio da igualdade. Na decisão, o Pretório Excelso afirma que

o princípio da igualdade perante a lei não impede que o legislador realize uma distinção de pena para comportamentos de naturezas diferentes. No entanto, a lei penal não pode estabelecer para a mesma infração penas de naturezas diferentes, salvo se esta distinção está relacionada com o bem jurídico tutelado pela lei.<sup>19</sup>

No caso em questão, as infrações eram idênticas, mas uma era sancionada com uma pena de multa, enquanto que a outra o era com uma pena de prisão. No entanto, mesmo assim, o Conselho não declarou a inconstitucionalidade de tal lei.

A discrepância entre tais decisões demonstra, sem dúvida, o receio do Pretório Excelso em desrespeitar a liberdade de criação do legislador por intermédio do controle de constitucionalidade. Por tal razão, a análise que ele faz do conteúdo do texto a partir do princípio da necessidade é sempre realizada com parcimônia, ainda que tal moderação implique em deixar subsistir incoerências legislativas e jurisprudências.

De outra arte, não obstante tal receio, o Conselho Constitucional controla o alvedrio do legislador também no que tange ao estabelecimento da data de aplicação de um novo texto penal. E é à luz do princípio da necessidade da pena que o Conselho soluciona os conflitos da lei penal no tempo, sublinhando que “a culpabilidade do agente não pode ser analisada se não a partir da legislação em vigor na data do fato”<sup>20</sup>. Da mesma forma, com fundamento no princípio da necessidade da pena, o Conselho assevera que

o fato de não aplicar às infrações cometidas sob o império da lei antiga a lei nova menos severa permitiria ao juiz pronunciar as penas previstas na vetusta legislação, as quais, segundo a apreciação do mesmo legislador, não são mais necessárias para a repressão do ilícito<sup>21</sup>.

No entanto, também no intuito de não mitigar a liberdade de criação do legislador, o Conselho Constitucional fixou um nuance ao princípio de retroatividade da lei penal menos severa. Em decisão recente, o Conselho afirmou que

o princípio da necessidade da pena implica no fato de que a lei penal menos severa seja aplicada de modo retroativo às infrações realizadas antes de sua entrada em

---

<sup>19</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2013-328, prolatada em 28 de junho de 2013.

<sup>20</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 86-215, prolatada em 3 de setembro de 1986.

<sup>21</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 82-127, prolatada em 20 de janeiro de 1981.

vigor. No entanto, a alteração das normas regulamentares inerentes a uma infração não possuem, por si só, aplicação retroativa, ainda que elas sejam mais benéficas<sup>22</sup>.

Essa posição do Pretório Excelso reduz o campo de aplicação do princípio em questão, uma vez que, segundo ela, a retroatividade *in mitius* não atinge normas regulamentares inerentes ao tipo penal. Dessa forma, se a portaria que complementa o tipo penal em questão é alterada, por exemplo, essa alteração não retroagirá no tempo para beneficiar o acusado.

Sublinhe-se que a decisão em análise versava sobre o delito de vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo. Por tal razão, pode-se dizer que tal exceção possui vocação para ser aplicada sobretudo no que tange ao Direito penal econômico, seara na qual o Direito penal possui muitas vezes a função de garantir a proteção de uma legislação financeira volátil – fato que pode trazer instabilidade à repressão penal em razão da fluidez excessiva de tal legislação. Além disso, ressalte-se que a decisão em questão não se harmoniza nem com a literalidade do art. 8º da Declaração de 1789, nem com os princípios previstos no Código Penal francês. No entanto, apesar de tal desarmonia, visando assegurar a repressão penal, mesmo diante da instabilidade da legislação financeira, o Pretório Excelso acabou por criar uma exceção ao princípio de retroatividade da lei penal mais benéfica.

De toda sorte, o Conselho Constitucional, a despeito da coerência de sua jurisprudência, parece sempre querer assegurar a liberdade legislativa do Parlamento francês – evitando realizar um controle de constitucionalidade que analise diretamente a oportunidade e a conveniência de um texto legal, ainda que para isso ele tenha que relativizar a aplicação dos princípios do Direito penal, pronunciando decisões por muitas vezes incoerentes entre si. Não obstante, mesmo buscando assegurar o alvedrio legislativo, o Pretório Excelso francês não deixa de controlar a qualidade redacional dos textos penais.

## 1.2 O CONTROLE DA QUALIDADE DOS TEXTOS PENAIS

O princípio da legalidade normalmente é depreendido do art. 8º da Declaração de 1789, mas, algumas vezes, ele também é invocado a partir do art. 7º do mesmo diploma legal<sup>23</sup>. Esse princípio reclama uma moderação na utilização do poder coator, o qual deve

---

<sup>22</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2010-74, prolatada em 3 de dezembro de 2010.

<sup>23</sup> Segundo o art. 7º, “ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrarias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência”. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

respeitar o imperativo de previsibilidade da norma; imperativo este que exprime juridicamente o postulado filosófico do livre arbítrio. Na jurisprudência do Conselho Constitucional encontramos tanto manifestações diretas sobre o tema, por intermédio do princípio da legalidade, como manifestações indiretas, através do princípio da necessidade. Segundo o Conselho, “a lei penal é necessária não apenas para excluir o arbitrário no pronunciamento das penas, mas também para evitar um rigor desnecessário na forma de processamento dos acusados”<sup>24</sup>.

Nesse contexto, para o Pretório Excelso, a qualidade do texto penal não é apenas uma garantia material contra um poder arbitrário que puniria indiscriminadamente as pessoas, mas, mais que isso, é também uma garantia processual. Isso porque, como os diferentes ritos processuais são estabelecidos a partir de uma determinada categoria de infração, a definição precisa e clara da incriminação é a segurança de que o rito processual que será seguido estará adequado ao tipo penal imputado ao acusado. Por conseguinte, o Conselho Constitucional vela para que a lei descreva todos os elementos constitutivos da incriminação, justamente para que os destinatários da norma sejam facilmente identificáveis, assim como para que o texto penal deixe claro quais são as causas exoneratórias de antijuridicidade e de culpabilidade referentes ao tipo em questão<sup>25</sup>.

Sem embargo, algumas vezes, as exigências do Conselho com relação à clareza e à precisão do texto penal são desmesuradas. Em uma decisão prolatada em 22 de janeiro de 1999, por exemplo, o Pretório Excelso enunciou que “a definição de uma incriminação, em matéria delitiva, deve incluir além do elemento material da infração, o elemento subjetivo desta, seja este intencional ou não”<sup>26</sup>. Tendo em vista que o art. 121-3 do Código Penal<sup>27</sup> foi concebido como um dispositivo da parte geral, com vocação a reger a totalidade do Direito penal especial, não se faria necessário exigir que o legislador descrevesse minuciosamente, tipo por tipo, o elemento subjetivo da incriminação. Tal exigência, além de não ser imposta pelo princípio da legalidade, gera um risco de dispersão – o qual o Código buscou resolver na parte geral, uma vez que o silêncio de uma incriminação com relação ao seu elemento subjetivo deveria ser compreendido como uma adesão do tipo ao princípio geral disposto no art. 121-3 do Código Penal. Entrementes, em prol da clareza normativa, o Conselho por vezes realiza tal exigência ao legislador.

---

<sup>24</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2000-540, prolatada em 27 de julho de 2006.

<sup>25</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 98-408, prolatada em 22 de janeiro de 1999.

<sup>26</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 98-408, prolatada em 22 de janeiro de 1999.

<sup>27</sup> O art. 121-3 do Código Penal apresenta um princípio geral segundo o qual todos os crimes são, em regra, intencionais e excepcionalmente não intencionais. De acordo com o mesmo artigo, os delitos também são intencionais, mas a lei pode prevê-los como infrações não intencionais; já as contravenções possuem um elemento subjetivo bastante reduzido.

Já em outros precedentes, o Conselho Constitucional aplica o princípio da legalidade sem exageros. De acordo com o Pretório Excelso, uma norma ininteligível ou incerta não permite com que a pena seja imposta de modo legítimo ao acusado, uma vez que a resposta penal só é lícita quando o sujeito ativo da infração possui plena consciência do conteúdo, da extensão e do campo de aplicação da incriminação. Foi por tal razão que o Conselho decidiu pela revogação do art. 222-31-1 do Código Penal francês. Tal dispositivo previa que

o estupro e demais agressões sexuais são incestuosas quando elas são cometidas no seio de uma família, na relação de um ascendente para com um descendente, na relação entre irmãos, ou na relação familiar envolvendo outras pessoas, como um parceiro em união estável ou como um membro da família que possui sobre a vítima uma autoridade de direito ou de fato.<sup>28</sup>

De acordo com o Pretório Excelso, o art. 34 da Constituição francesa e o art. 8º da Declaração de 1789 determinam que o legislador “fixe ele mesmo o campo de aplicação da lei penal, definindo os crimes e os delitos de modo claro e preciso”<sup>29</sup>. Por tal razão,

é legítimo ao legislador instituir um tipo especial para incriminar as agressões sexuais incestuosas, mas tal tipo especial deve designar de modo preciso quais são as pessoas por ele atingidas, notadamente aquelas que se enquadram no conceito de família previsto na lei, sob pena de se desrespeitar o princípio da legalidade dos delitos e das penas.<sup>30</sup>

Assim sendo, face à incerteza que pairava sobre o termo *família* previsto no artigo do Código Penal em questão, o Conselho considerou que a incriminação não era suficientemente clara e, por tal razão, a declarou inconstitucional.

Contudo, se a legalidade reclama que o texto penal seja preciso e claro, isso não implica em dizer que a lei está adstrita a uma rigidez que a impediria de se adaptar a novas situações fáticas antes não pensadas pelo legislador – até porque tal austeridade obrigaria a criação de novas normas sem cessar por parte do poder legislativo.

Tendo consciência disso, o Conselho Constitucional adota em sua jurisprudência uma posição muito semelhante a do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Sunday Times*. Na decisão prolatada em 1979, o referido Tribunal anunciou que a lei deve

---

<sup>28</sup> FRANÇA. Código Penal, lei nº 92-683, 22 de julho de 1992.

<sup>29</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2011-163, prolatada em 16 de setembro de 2011.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

ser acessível. “O cidadão deve dispor do conteúdo preciso da norma aplicável ao caso concreto”,<sup>31</sup> e por tal razão a lei deve

enunciar com precisão a incriminação, permitindo que o cidadão guie a sua conduta a partir do texto legal, de modo que ele possa saber com antecedência, a partir das circunstâncias fáticas, quais são as consequências jurídicas de determinado ato.<sup>32</sup>

No entanto, “essa previsibilidade não implica em dizer que o texto legal deve, necessariamente, ter uma clareza absoluta – visto que a experiência mostra que o Direito não pode prever tudo e não pode ser inteiramente previsível”<sup>33</sup>.

Pautando-se em tal perspectiva, o Conselho Constitucional afirma em sua jurisprudência que, de acordo com o art. 8º da Declaração de 1789, o legislador deve

definir a infração em termos suficientemente claros e precisos, visando excluir todo e qualquer espaço para o arbitrário no texto legal, mas isso não significa que a redação da lei deve ser absolutamente minuciosa. O legislador deve se preocupar em permitir que o juiz, o qual está adstrito a uma interpretação estrita da lei penal, possa se pronunciar sobre o caso em questão sem que a sua decisão corra o risco de cair na crítica do arbitrário.<sup>34</sup>

Contudo, isso não significa, necessariamente, que a norma deve prever de maneira meticulosa todas as suas hipóteses de incidência.

Por tal razão, pode-se dizer que o Conselho reclama que o juiz interprete estritamente os textos incriminadores<sup>35</sup>, proibindo toda e qualquer interpretação analógica<sup>36</sup>. No entanto, ele não determina uma interpretação restritiva da norma penal por parte dos magistrados. Talvez por isso, em determinadas decisões, ele reconhece como constitucional dispositivos penais que possuem uma redação imperfeita. Entrementes, em tais casos, ele garante a constitucionalidade da lei através da técnica de *reserva de interpretação*, determinando a maneira através da qual o juiz deve interpretar a incriminação. Poder-se-ia pensar que o princípio da legalidade opõe obstáculo à utilização de tal técnica, visto que de certa forma ela é a confissão da má qualidade redacional de um texto incriminador. No entanto, esse

---

<sup>31</sup> Trecho da decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso Sunday Times contra Reino Unido, prolatada no dia 26 de abril de 1976.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 80-127, prolatada em 20 de janeiro de 1981.

<sup>35</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 96-377, prolatada em 16 de julho de 1996.

<sup>36</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 98-399, prolatada em 5 de maio de 1998.

não é o entendimento do Pretório Excelso, o qual relativiza aqui a amplitude do princípio da legalidade, negando inclusive que o Direito penal seja um Direito particular, uma vez que a *reserva de interpretação* é empregada no Direito penal da mesma forma que ela é utilizada nas demais searas do Direito.

Outro ponto de similitude entre a jurisprudência do Conselho Constitucional e a do Tribunal Europeu, ainda no que tange ao princípio da legalidade, versa sobre o campo de aplicação de referido princípio<sup>37</sup>. Segundo os Magistrados europeus,

o artigo 7º, §1, da Convenção exige que as infrações sejam definidas pela lei. Sem embargo, a clareza da norma é respeitada quando o agente pode ter conhecimento do teor da incriminação e dos comportamentos que engajam a sua responsabilidade, seja a partir do texto legal, seja a partir da jurisprudência dos tribunais<sup>38</sup>.

Tendo incidência sobre a jurisdição de 47 Estados, dentre os quais há alguns com um regime jurídico de *common law*, o Tribunal Europeu, como se vê, possui uma interpretação flexível do princípio da legalidade, afirmando que a legalidade criminal decorre não apenas do texto legal, mas também da jurisprudência. Trata-se de uma concepção material de legalidade, a qual acabou por seduzir o Conselho Constitucional francês.

Em uma decisão prolatada no dia 2 de março de 2004<sup>39</sup>, a respeito do caráter impreciso da noção de *organização criminosa*, o Conselho Constitucional não censurou o texto em discussão, afirmando notadamente que a jurisprudência desenvolvida pelas jurisdições penais sobre o tema aportava consigo descrições complementares do conceito legal de *organização criminosa*, razão pela qual a lei em questão não era inconstitucional. Na decisão, portanto, o Conselho reconhece a incompletude do texto legal, mas afirma que ela é remediada por outras fontes do Direito (jurisprudência), as quais tradicionalmente não estão inseridas no campo da legalidade criminal.

Apesar de estar em harmonia com o entendimento do Tribunal Europeu, tal precedente do Conselho Constitucional pode ser criticado por duas razões. Em primeiro lugar, porque a tipicidade em questão (*organização criminosa*) implica na utilização de um rito processual excepcional, razão pela qual ela deveria ser particularmente clara e precisa. Em segundo lugar, porque tal julgado coloca em xeque a noção mesmo do princípio da legalidade.

---

<sup>37</sup> Decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Radio France c/ France*, prolatada em 30 de março de 2004.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2004-492.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem abrange sistemas jurídicos muito diferentes entre si. A possibilidade de que um simples particular possa provocar a sua jurisdição e a ausência de Ministério Público junto ao Tribunal o levam a analisar os direitos fundamentais estabelecidos na Convenção Europeia a partir do prisma de reivindicação dos requerentes, razão pela qual o Estado requerido se encontra em pé de igualdade com o particular perante tal jurisdição. Nesse contexto, a legalidade criminal é para o Magistrado europeu uma questão de segurança jurídica e previsibilidade do jurisdicionado, pouco importando qual é a sua fonte e o seu campo de aplicação. No entanto, tal raciocínio não pode valer *ipsis litteris* para o Pretório Excelso francês. Certamente, o Conselho não pode ignorar a dimensão material do princípio da legalidade – mas a legalidade criminal não pode se reduzir a tal dimensão na ordem interna francesa. Em verdade, a legitimidade da norma incriminadora implica também em se interrogar sobre a sua fonte – motivo pelo qual compreendemos a razão que levou o Código Penal francês, fiel ao texto da Declaração de 1789, a se referir apenas à lei como fonte do Direito penal. Aliás, Beccaria já afirmava que “o direito de confeccionar incriminações reside apenas na pessoa do legislador, o qual representa toda a sociedade unida pelo contrato social”<sup>40</sup>. Se atualmente possuímos considerável preocupação com a proteção do jurisdicionado, a questão da legitimidade política do autor da norma deveria estar presente no controle interno de constitucionalidade – motivo pelo qual podemos criticar a posição do Conselho Constitucional em tal precedente.

De toda sorte, apesar das evoluções levadas a efeito pelo Pretório Excelso francês e pelo Tribunal Europeu no que tange ao princípio da legalidade, a lei continua sendo a única fonte de direito competente para definir os contornos da responsabilidade penal.

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL

Se o Direito penal repousa sobre antigos postulados filosóficos, a questão do seu fundamento constitucional é bem mais recente. Como já foi mencionado, a Declaração de 1789 é rica em dispositivos que interessam ao Direito penal. Não se olvida que tal diploma legal consagra grande atenção ao processo penal, mas a responsabilidade penal não deixa de estar presente em referido texto. Uma responsabilidade penal que consubstancia não só a visão que tínhamos do homem na época da Declaração, mas também a forma com que o Estado deveria exercer o seu Direito de punir no século XVIII.

---

<sup>40</sup> BECCARIA, Cesare. **Des délits et des peines**. Paris: GF, 2006. p. 58.



Por tal razão, encontramos na Declaração de 1789 textos legais pertinentes ao conteúdo material do Direito penal. Entrementes, mencionado diploma não traz em seu bojo nem os contornos precisos do conceito de responsabilidade penal, nem uma definição clara do que vem a ser uma sanção penal. Talvez isso ocorra porque o Direito constitucional não possui a mesma precisão que o Direito penal. Um Direito de grandes princípios não poderia rivalizar com um Direito que possui vocação para ser detalhado. Por tal razão, o Conselho Constitucional em seus julgados não realiza uma exposição minuciosa sobre alguns temas essenciais à matéria, evitando trabalhar com conceitos fixos e delimitados relativos à responsabilidade penal e à definição de pena em Direito penal.

## 2.1 OS CONTORNOS FLUTUANTES DA RESPONSABILIDADE PENAL

Quando o art. 9º da Declaração de 1789 prevê que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado”, ele acaba dispondo sobre um princípio de Direito material, qual seja: o princípio da culpabilidade. De outra arte, o princípio da legalidade, o qual é reiteradamente utilizado pelo Conselho em sua jurisprudência, também guarda ampla conexão com a ideia de culpabilidade e de livre-arbítrio, visto que a edição prévia de uma proibição penal é necessária para que o jurisdicionado possa decidir, livremente e com conhecimento de causa, se quer ou não violar a norma legal. Por tal razão, o Conselho Constitucional poderia, a partir de tais princípios e artigos, definir detalhadamente a responsabilidade penal – conferindo a ela um fundamento preciso através de um texto constitucional. Entrementes, o Pretório Excelso francês prefere não invadir o núcleo nevrálgico do Direito penal, deixando de abordar de maneira direta e precisa os aspectos fundamentais da responsabilidade penal. Em razão de tal posicionamento, o Conselho opta algumas vezes por debater temas mais técnicos e menos fundamentais do Direito penal constitucional como o da classificação tripartida das infrações.

Segundo o art. 111-1 do Código Penal, “as infrações penais são classificadas, de acordo com a sua gravidade, em crimes, delitos e contravenções”. Em verdade, a distinção deveria ser feita entre, de um lado, crimes e delitos e, de outro lado, as contravenções. Isso porque as primeiras são fixadas pela lei, enquanto que a segunda é fixada por via de uma norma regulamentar. Da mesma forma, os crimes e os delitos são em regra intencionais, mas, excepcionalmente, podem ser culposos, enquanto que contravenções possuem uma tipicidade subjetiva extremamente reduzida, de modo que alguns autores consideram que a sua consumação resume-se à realização do tipo objetivo. É por tal razão que o Conselho Constitucional, a despeito do texto legal, consagra em sua jurisprudência uma distinção bipartida das infrações: de um lado, os crimes e os delitos, ilícitos que devem ser objeto

de uma maior reprovação por parte do Direito penal; de outro lado, as contravenções, que fazem jus a uma reprovação menos acentuada, razão pela qual podem engajar a responsabilidade penal do jurisdicionado de uma maneira menos rigorosa.

Por aderir a tal matriz de pensamento, o Conselho Constitucional garante em sua jurisprudência o respeito à dimensão subjetiva da responsabilidade penal com relação às infrações criminosas e delitivas. Para tanto, ele invoca como fundamento de suas decisões o art. 9º da Declaração de 1789, assim como o princípio da legalidade disposto no art. 8º do mesmo Diploma. Segundo o Pretório Excelso, “a definição de uma incriminação, em matéria criminal e delitiva, deve necessariamente passar pela descrição do elemento material e do elemento subjetivo da infração, seja esta dolosa ou culposa”<sup>41</sup>.

Não obstante, em outros precedentes, o Conselho não declara inconstitucional a norma incriminadora que não traz em seu bojo uma descrição precisa do elemento subjetivo do tipo, desde que o juiz no momento de interpretar a incriminação aplique o princípio geral previsto no art. 121-3 do Código Penal<sup>42</sup>. Dessa forma, de um modo mais ou menos rigoroso, o Pretório Excelso garante o respeito a dimensão subjetiva da responsabilidade penal em sua jurisprudência.

Além disso, o fato de invocar o Código Penal em algumas de suas decisões, como a mencionada, mostra que o Conselho esclarece alguns princípios do Direito penal constitucional, por exemplo o da responsabilidade penal subjetiva, através dos dispositivos constantes no *Codex Criminal*. Como tais princípios são genéricos, e por tal razão podem se revelar de difícil aplicação prática, o Conselho dá precisão a eles por intermédio dos artigos do Código Penal; o que possibilita a aplicação de um Direito penal constitucional pelos juízes criminais de primeira e segunda instância.

Sem embargo, esse controle oscilante do respeito à dimensão subjetiva da responsabilidade penal revela certa ambiguidade na jurisprudência do Pretório Excelso. De um lado, o Conselho leva em conta o art. 121-3 do Código Penal francês para afirmar que a incriminação é constitucional, apesar de não descrever o elemento subjetivo da infração. Porém, de outro lado, em outras decisões, ele declara inconstitucional o texto incriminador sob a alegação de que este não descreve de modo minucioso o elemento subjetivo do tipo – ignorando, portanto, o que dispõe o referido artigo do Código Penal. Não sem razão, para alguns doutrinadores, como Montgolfier, tal ambiguidade revela a

---

<sup>41</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 98-408, prolatada em 22 de janeiro de 1999.

<sup>42</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 99-411, prolatada em 16 de junho de 1999. No mesmo sentido, temos a decisão nº 2010-604 do Conselho Constitucional, prolatada em 25 de fevereiro de 2010.

“descontinuidade entre a norma penal e a norma constitucional”<sup>43</sup>. De toda sorte, seja na ignorância ou no conhecimento do Código Penal, o Conselho garante o respeito à dimensão subjetiva da responsabilidade penal.

Da mesma forma, o princípio da responsabilidade penal pessoal, o qual está previsto no art. 121-1 do Código Penal, também possui uma dimensão constitucional nas decisões do Pretório Excelso. Em um precedente prolatado no dia 16 de junho de 1999<sup>44</sup>, o Conselho, a partir dos arts. 8º e 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, afirmou um princípio constitucional segundo o qual “ninguém é culpado se não em razão de suas próprias ações”. Entrementes, não obstante a consagração de uma responsabilidade penal pessoal, o Conselho Constitucional aceita que o ordenamento jurídico preveja pontuais presunções de imputação de um fato ilícito ao encontro do jurisdicionado, as denominadas *presunções de culpabilidade*. No entanto, para o Pretório Excelso, tais presunções só podem ser constitucionais na medida em que elas sejam relativas (*juris tantum*) e que elas versem sobre infrações de menor gravidade, como as contravenções, por exemplo<sup>45</sup>.

De qualquer forma, a posição do Conselho com relação ao princípio da responsabilidade penal pessoal bem demonstra, uma vez mais, que o Pretório Excelso, além de não ignorar as disposições constantes no Código Penal francês, as utiliza como referência em sua jurisprudência. Talvez por tal razão, quando foi chamado a se pronunciar a respeito da criação de uma lei que determinava o estabelecimento de penas mínimas para os casos de reincidência<sup>46</sup>, o Conselho afirmou que

tal lei não era inconstitucional e não menosprezava o princípio de individualização das penas, desde que, ainda que os fatos tenham sido cometidos em estado de reincidência, o juiz tenha liberdade, como está disposto no Código Penal, de pronunciar a pena abaixo do mínimo legal previsto<sup>47</sup>.

Como se vê, aqui o Pretório Excelso se utiliza dos dispositivos do Código Penal para calibrar a constitucionalidade da norma. Por tal razão, pode-se dizer que os artigos do *Codex Criminal* não são apenas objeto de um controle de constitucionalidade por parte

---

<sup>43</sup> MONTGOLFIER, Jean-François de. (Ir)responsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux, le regard du constitutionnaliste. In: HOURQUEBIE, Fabrice; PELTIER, Virginie (Ed.). **Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal**. Paris: Cujas, 2013. p. 109.

<sup>44</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 99-411, prolatada em 16 de junho de 1999.

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> Na França, o Código Penal não prevê, em regra, as penas mínimas para cada infração, mas somente as penas máximas (nota do tradutor).

<sup>47</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2008-562, prolatada em 21 de fevereiro de 2008.

do Conselho, mas, mais do que isso, eles participam do forjamento de um Direito penal constitucional francês.

Outro tema que já foi constitucionalizado pelo Pretório Excelso é o *Direito penal do menor*. Esse ramo do Direito penal ficou de fora do Código, sendo regido pela ordenança nº 45-174, relativa aos menores infratores. Assim sendo, fundando sua jurisprudência em tal ordenança, na lei do dia 12 de abril de 1906, sobre a maioria penal, e na lei do dia 22 de julho de 1912, a qual dispõe sobre a instituição de uma jurisdição especializada para menores, o Conselho consagrou um princípio constitucional relativo à matéria, o qual é reconhecido pelas leis da república<sup>48</sup>.

De acordo com tal princípio, três diretrizes constitucionais devem ser respeitadas no que tange ao *Direito penal do menor*. A primeira é a atenuação da responsabilidade penal do menor em razão da sua idade. A segunda diz respeito ao objetivo da resposta penal pronunciada em desfavor de um menor. De acordo com ela, o intuito primordial de tal resposta é o de favorecer o desenvolvimento moral e intelectual do menor, sempre de modo compatível com a sua idade e com a sua personalidade. Por fim, a terceira diretriz constitucional trabalhada pelo Conselho prevê que o menor deve ser sempre julgado por uma jurisdição especializada, através de um processo penal adaptado à sua condição peculiar.

Entretanto, não obstante a necessidade de se respeitar tais diretrizes, o Conselho Constitucional pondera em sua jurisprudência que

a legislação republicana não consagra nenhuma regra geral segundo a qual devemos evitar o pronunciamento de toda e qualquer sanção ou medida repressiva em desfavor de um menor. Se a medida educativa deve ser priorizada, isso não significa que não possamos pronunciar uma sanção ao encontro do menor<sup>49</sup>.

Em referido precedente, o Pretório Excelso acaba por se manifestar diretamente sobre dois pontos amplamente discutidos na doutrina penalista: o princípio da chamada *irresponsabilidade* penal dos menores; e o princípio da primazia do sistema educativo sobre o sistema repressivo no que tange à matéria.

---

<sup>48</sup> A categoria de princípios constitucionais reconhecidos pelas leis da república está prevista no preâmbulo da Constituição de 1946, ao qual se refere o preâmbulo da Constituição de 1958. O Conselho Constitucional considera que se pode constitucionalizar sob este fundamento os princípios constantes na legislação promulgada antes de 1946. Esse raciocínio permite, portanto, que o Conselho eleve ao patamar constitucional alguns princípios afirmados na legislação infraconstitucional.

<sup>49</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2007-553, prolatada em 3 de março de 2007. Desde que o menor em questão possua mais de dez anos de idade, idade mínima para que uma resposta penal, em especial uma sanção educativa, e não uma pena, possa ser pronunciada ao seu encontro.

Assim sendo, de acordo com a jurisprudência do Conselho, o *Direito penal do menor*, apesar de suas peculiaridades, é sim um ramo do Direito penal. Por tal razão, ele deve se beneficiar de algumas garantias constitucionais. Contudo, apesar disso, justamente por se tratar de um ramo do Direito penal, nada impede que ele seja utilizado de maneira adequada para prevenir e reprimir os atentados contra a ordem pública eventualmente praticados por menores<sup>50</sup>.

De qualquer forma, apesar de consagrar algumas garantias constitucionais no que tange ao *Direito penal do menor*, o Conselho pode ser criticado por ter estabelecido um único princípio geral sobre a matéria – princípio que confere ao legislador uma ampla liberdade de criação, que pode ser vista como de duvidosa constitucionalidade. Nesse contexto, entendemos que o Pretório Excelso, no lugar de criar um princípio geral referente à matéria, poderia ter simplesmente exportado para o *Direito penal do menor* os princípios constitucionais relativos ao Direito penal já consagrados em sua jurisprudência. Tal exportação poderia oferecer maior rigidez no controle de constitucionalidade das leis pertinentes à matéria e dar maior unidade na articulação entre esses dois Direitos. Afinal, a atenuação da responsabilidade penal do menor não seria uma faceta do princípio de proporcionalidade das penas? Da mesma forma, o objetivo da resposta penal no que tange ao *Direito penal do menor* não seria uma dimensão do princípio de individualização das penas em Direito penal?

De toda sorte, pode-se concluir a partir das decisões do Conselho que a responsabilidade penal não está plenamente constitucionalizada na França, seja no que tange ao Direito penal comum, seja no que se refere ao *Direito penal do menor*. Talvez a explicação para tal conclusão seja o fato de que o Pretório Excelso prefere estabelecer os princípios gerais pertinentes à matéria no lugar de se pronunciar sobre as filigranas e os contornos desta. O mesmo posicionamento nós vamos encontrar no que tange à apreciação do conceito de pena por parte do Conselho Constitucional.

## 2.2 AS INCERTEZAS SOBRE A DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DA PENA

Apesar de trabalhar tal noção em seus julgados, o Conselho Constitucional não oferece à ordem jurídica nenhuma definição precisa do conceito de pena. O Pretório Excelso, portanto, da mesma forma que o Código Penal, limita-se em suas decisões a

---

<sup>50</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2002-461, prolatada em 29 de outubro de 2002.

assegurar que a resposta penal respeite determinados princípios constitucionais – mas ele o faz sem conceituar de maneira pormenorizada o tema<sup>51</sup>. A exigência de se respeitar o princípio de individualização da pena é um exemplo.

Segundo um precedente lavrado no dia 22 de julho de 2005, o Conselho Constitucional, velando pelo respeito ao art. 132-24 do Código Penal<sup>52</sup>, afirmou que o órgão julgador deve, no momento de pronunciar uma pena, ter liberdade para escolher a natureza, a quantidade e o regime de execução da reprimenda, sendo que no exercício dessa liberdade o magistrado é instado a “conciliar a proteção efetiva da sociedade, os interesses da vítima e a necessidade de se favorecer a inserção ou a reinserção do condenado na sociedade, prevenindo a prática de novas infrações”<sup>53</sup>, de sorte que o princípio de individualização há de ser respeitado quando da aplicação de uma pena.

Da mesma forma, mas agora velando pelo respeito ao princípio da necessidade da pena, o Conselho Constitucional – sem definir o seu conceito – proíbe a existência de penas automáticas no Direito penal francês, na esteira do que prevê o art. 132-17 do *Codex Criminal*. De acordo com o Pretório Excelso, a pena deve ser expressamente pronunciada pelo órgão julgador, sendo defesa a existência de sanções espontâneas, decorrentes da simples prolação de uma decisão condenatória<sup>54</sup>. Para o Conselho, a aplicação de tais *penas de pleno direito* é inconstitucional, uma vez que o juiz não possui liberdade para averiguar nem a necessidade, nem a duração temporal da reprimenda no caso concreto. Esse mecanicismo faz com que o magistrado da causa não possa modelar a resposta penal à gravidade do caso e à personalidade do agente, razão pela qual, segundo o Conselho, as penas automáticas desrespeitam o princípio da necessidade e, portanto, devem ser tidas como inconstitucionais.

O princípio da necessidade, previsto expressamente no art. 8º da Declaração de 1789, também é utilizado pelo Pretório Excelso para calibrar a proporção entre a

---

<sup>51</sup> DREYER, Emmanuel. Le Conseil constitutionnel et la “matière” pénale. La QPC et les attentes déçues... **Semane juridique**, n. 37, p. 1614-1621, 2011. p. 976. No mesmo sentido, KERCHOVE, Michel Van de. Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**, n. 4, oct./déc. 2008, p. 805.

<sup>52</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2005-520, prolatada em 22 de julho de 2005. Tal decisão versou sobre a lei que regulamentava a audiência de homologação do procedimento de “comparecimento com reconhecimento prévio de culpabilidade”. De acordo com o Conselho, o princípio de individualização da pena decorre do art. 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

<sup>53</sup> O art. 132-24, item 2, possui uma redação muito semelhante ao que é afirmado pelo Conselho em sua decisão. Na decisão nº 94-334, de 20 de janeiro de 1994, o Conselho se manifestou da mesma forma: “a execução de penas em matéria correcional e criminal foi concebida não apenas para proteger a sociedade e assegurar a reprovação do condenado, mas também para favorecer a sua correção e a sua ressocialização”.

<sup>54</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2010-6/7, prolatada no dia 11 de junho de 2010, a respeito do art. L 7 do Código Eleitoral.

reprovabilidade do ato ilícito e a gravidade da reprimenda prevista como consequência jurídica deste. Não obstante, tal análise é feita com muita parcimônia pelo Conselho, justamente para que ele não mitigue a liberdade do legislador no estabelecimento de sua política criminal. Por tal razão, o Pretório Excelso costuma reconhecer a desproporção de uma pena somente nos casos em que há manifesta incompatibilidade entre o seu *quantum* e a gravidade do fato em questão. Foi o que ocorreu recentemente quando o Conselho declarou inconstitucional a lei que buscava alterar o art. 131-38 do Código Penal para elevar a quantidade da pena de multa imposta à pessoa jurídica pela prática de um ato ilícito<sup>55</sup>. O texto legal em questão propunha uma nova fórmula de cálculo da sanção pecuniária pronunciada em desfavor do ente moral em razão da prática de crimes e delitos que pudessem gerar proveitos monetários para a corporação. De acordo com essa nova fórmula, poderia ser impingida à pessoa jurídica uma multa proporcional a sua receita anual, a qual poderia chegar ao valor máximo de 10% do seu rendimento anual bruto.

Segundo o Conselho Constitucional, tal modo de calcular a pena poderia ser manifestamente desproporcional à gravidade da infração em alguns casos, pois o “legislador utilizou como critério de referência um elemento contábil que nem sempre guarda relação direta com a prática da infração”. Em outras palavras, para o Pretório Excelso, é necessário que a infração tenha conexão direta com a receita anual do ente moral para que o rendimento bruto da corporação possa servir como critério de mensuração da reprimenda penal – se tal não for o caso, tal pena será inconstitucional e desproporcional. Saliente-se que o Código Penal francês, em diversas ocasiões, estabelece a partir do proveito econômico obtido com a prática do ilícito a quantidade da pena de multa a ser imposta ao acusado. Essa é a situação dos crimes de lavagem de dinheiro e de receptação, por exemplo. No entanto, em tais situações, o Código Penal prevê critérios bastante precisos e objetivos, que permitem calcular de modo proporcional a reprimenda penal. Tal não era o caso da fórmula proposta pela lei em questão – razão pela qual, visando assegurar o respeito ao princípio da necessidade, o Pretório Excelso declarou inconstitucional tal lei.

Conforme se verifica, o Conselho Constitucional, apesar de consagrar diversos princípios no que tange à aplicação das penas no Direito Penal francês, jamais forneceu em suas decisões uma definição precisa do que vem a ser uma sanção penal. Não obstante, ele acabou criando a ideia de *medida de caráter punitivo*.

Confrontado à construção de um *Direito punitivo*, o qual possui um escopo de atuação mais amplo do que o Direito penal e que, portanto, não pode ser confundido com

---

<sup>55</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2013-67, prolatada no dia 4 de dezembro de 2013.

este, o Pretório Excelso desenvolveu a ideia de *medida de caráter punitivo*. Trata-se de um conceito mais amplo de resposta penal, que é utilizado para definir as sanções que são pronunciadas por outros órgãos ou outras jurisdições que não as penais. Tais consequências jurídicas não podem ser classificadas como penas, porque não são pronunciadas pelo juízo penal. Mas, como são prolatadas no bojo de um Direito punitivo, que visa a repressão de um ato ilícito e não o seu ressarcimento, elas devem ser tidas como *medidas de caráter punitivo*. Esse conceito permite que sejam exportadas as garantias e os princípios oriundos do Direito Penal, notadamente os que se depreendem do art. 8º da Declaração de 1789, para outras searas do Direito punitivo, como a administrativa, por exemplo. Por conseguinte, enquadrar a consequência jurídica imposta à prática de um ato ilícito no conceito de *medidas de caráter punitivo* implica em submeter a aplicação de tal sanção aos princípios e às garantias penais.

Não obstante, o Pretório Excelso sublinha em suas decisões o fato de que tais garantias devem ser utilizadas em searas extrapenais de modo relativo, sem a mesma rigidez com que as utilizamos no Direito penal propriamente dito<sup>56</sup>. Nesse contexto, o Direito penal acaba tendo um sucesso mitigado na jurisprudência do Pretório Excelso: seus princípios e garantias são exportados para outras searas do *Direito punitivo*, mas em tal procedimento eles acabam perdendo força, podendo ser curiosamente esvaziados de sua substância em prol de uma maleabilidade. Por outro lado, o Conselho Constitucional reafirma em sua jurisprudência o monopólio exercido pelo Direito penal no que tange ao pronunciamento de uma pena privativa de liberdade: somente o juízo criminal possui competência para prolatar uma pena de prisão – sendo defesa a aplicação de tal resposta penal pelos demais ramos do *Direito punitivo*.

De toda sorte, poderíamos pensar que o desenvolvimento da noção de *medidas de caráter punitivo* faria com que o Conselho Constitucional fornecesse um conceito mais preciso do que vem a ser uma pena, mas isso não ocorreu. Talvez porque, conforme explica Montgolfier<sup>57</sup>, “o surgimento do Direito constitucional implica numa visão não só penal da repressão”. Por tal razão,

a posição do dispositivo legal em questão (se nesse ou naquele Código) ou a qualidade da autoridade que pronuncia a medida repressora (se judiciária ou administrativa) não são critérios decisivos para que possamos determinar o que é uma pena ou se a consequência jurídica para o fato em análise é ou não uma

---

<sup>56</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2013-332, prolatada em 12 de julho de 2013.

<sup>57</sup> MONTGOLFIER, Jean-François de. L'apport de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel au critère de la peine. In: MALABAT, Valérie; LAMY, Bertrand de; GIACOPPELLI, Muriel (Dir.). **Droit pénal, le temps des réformes**. Paris: Litec, 2011. p. 213.



pena. Por conseguinte, os penalistas devem abandonar a reinvidicação de precisão do conceito de pena por parte do Conselho.<sup>58</sup>

Por não ter uma visão unicamente penal da repressão, o Pretório Excelso prefere não engessar tal noção em uma definição que poderia não ser compatível com uma ideia mais ampla de repressão.

Da mesma forma, a jurisprudência do Conselho Constitucional sobre as medidas de segurança não confere ao jurista uma resposta mais precisa e detalhada sobre o tema. Inclusive, alguns precedentes são bastante representativos das incertezas que o Pretório Excelso possui no que tange às características e às definições das diferentes respostas penais. A decisão do Conselho sobre a nova lei de medidas de segurança é um exemplo<sup>59</sup>.

Em um julgado prolatado no dia 21 de fevereiro de 2008, o Pretório Excelso recusou-se a classificar a medida de segurança como pena ou como *medida de caráter punitivo*<sup>60</sup>. Isto porque, de acordo com o Conselho, tal resposta, de um lado, não é pronunciada por uma jurisdição de julgamento penal<sup>61</sup> e, por outro lado, não decorre de um juízo de culpabilidade, mas sim de um juízo de periculosidade<sup>62</sup>. Por tal razão, uma medida de segurança não pode ser vista nem como uma pena, nem como uma *medida de caráter punitivo*. No mesmo precedente, dois outros critérios são utilizados pelo Pretório Excelso na análise do regime jurídico ao qual tal resposta penal está submetida: a natureza privativa de liberdade da medida de segurança; e o fato de que ela é imposta após a prolação de uma decisão condenatória por uma jurisdição penal<sup>63</sup>. Entretanto, mesmo utilizando critérios

---

<sup>58</sup> MONTGOLFIER, Jean-François de. L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine. In: MALABAT, Valérie; LAMY, Bertrand de; GIACOPPELLI, Muriel (Dir.). **Droit pénal, le temps des réformes**. Paris: Litec, 2011. p. 213.

<sup>59</sup> Na França, a medida de segurança pode ser pronunciada ao final do cumprimento de uma pena, mesmo depois do término de execução desta, ao encontro de pessoas que são consideradas como de alta periculosidade. Tais pessoas poderão ser internadas em um complexo médico penal, por um período de até um ano, renovável por indeterminadas vezes.

<sup>60</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2008-562, prolatada no dia 21 de fevereiro de 2008.

<sup>61</sup> Assim, o Conselho Constitucional e o Código penal conectam a pena à jurisdição penal, mas de modo inverso, em sentidos contrários. Segundo o art. 132-17 do Código Penal, “nenhuma pena pode ser aplicada se a jurisdição não a pronunciou expressamente”. Dessa forma, é em razão da existência de uma pena que a jurisdição deve intervir, enquanto que, para o Conselho Constitucional, a pena existe porque a jurisdição interviu, pronunciando-a. FRANÇA. Código Penal, Lei nº 92-683, 22 de julho de 1992.

<sup>62</sup> O Conselho adiciona a esses dois critérios a ideia de que “a medida de segurança é pronunciada após o cumprimento de uma pena pelo condenado. Além disso, ela tem por objetivo impedir e prevenir a reincidência deste, notadamente quando o condenado possui desvios graves de personalidade, os quais não tiram o seu discernimento, mas o fazem uma pessoa de alta periculosidade”. (Decisão do Conselho Constitucional nº 2008-562, prolatada no dia 21 de fevereiro de 2008).

<sup>63</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2008-562, prolatada no dia 21 de fevereiro de 2008.

complementares, o Conselho não define o conceito da resposta penal em questão, apesar de dizer que ela não é uma pena, nem uma medida de caráter punitivo.

De outra arte, em alguns precedentes, o Pretório Excelso utiliza-se de um critério finalista de qualificação para identificar o regime jurídico da resposta penal. Foi assim em uma decisão prolatada no dia 20 de maio de 2011, na qual o Conselho afirmou que “uma resposta penal dirigida ao futuro não deve ser beneficiada com as garantias previstas no art. 8º da Declaração de 1789”<sup>64</sup>. O precedente teve por objeto a análise da constitucionalidade de uma decisão que decretou de pleno direito em desfavor de um proxeneta a sanção de proibição de venda de bebidas alcoólicas<sup>65</sup>. Segundo o Pretório Excelso, “tal sanção possui o objetivo de evitar a exploração do comércio de bebidas alcoólicas por pessoas que não apresentam as garantias de moralidade necessárias e inerentes ao exercício de tal profissão”<sup>66</sup>. Por tal razão, ela é pronunciada com base em uma perspectiva de futuro e não de pretérito. Por conseguinte, por conta de sua finalidade, tal resposta penal não está submetida ao regime jurídico previsto no art. 8º da Declaração de 1789. Sublinhe-se que esse objetivo de moralização de determinada atividade ou profissão não é estranho ao Direito penal, uma vez que o art. 131-27 do Código Penal prevê a pena de interdição do exercício de determinada atividade profissional ou social.

De toda sorte, a posição do Conselho com relação ao tema parece se inspirar em uma decisão prolatada pela Corte de cassação no dia 23 de janeiro de 2001, de acordo com a qual “o impedimento do exercício de determinadas profissões ou de certas atividades sociais não se trata de uma pena complementar, mas sim de uma ‘medida de polícia e de segurança pública’”. É interessante constatar que a jurisprudência da Corte de cassação algumas vezes é fonte de inspiração para a jurisprudência do Conselho Constitucional, na esteira do que nos ensina a teoria do Direito vivo<sup>67</sup>. Por tal razão, as incertezas da Câmara criminal sobre o Direito penal e sobre a definição do conceito de pena acabam por se repercutirem nos precedentes do Pretório Excelso – e isso de modo amplificado, em razão do impacto e da importância das decisões do Conselho. Nesse contexto, as *medidas de*

---

<sup>64</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2011-132, prolatada em 20 de maio de 2011.

<sup>65</sup> Tal sanção está prevista no art. L 3336-2 do Código da Saúde Pública. De acordo com tal dispositivo, a condenação pelo crime de proxenetismo implica numa pena restritiva de direitos segundo a qual o condenado não poderá futuramente explorar o comércio de bebidas alcoólicas. Estudos criminológicos demonstraram que, muitas vezes, a venda de bebidas alcoólicas é utilizada como instrumento aliciador que facilita a prática da infração em questão.

<sup>66</sup> Decisão do Conselho Constitucional nº 2011-132, prolatada em 20 de maio de 2011.

<sup>67</sup> MAZIAU, Nicolas. Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. **Recueil Dalloz**, Paris, n. 11, fev. 2011. p. 259.

*polícia e de segurança pública* parecem, então, não estar submetidas a um regime rígido de controle de constitucionalidade – de sorte que o Pretório Excelso, da mesma forma que a Corte de Cassação, deixa o legislador livre para que ele possa desenvolver uma “justiça’ de segurança, em detrimento de uma justiça de culpabilidade, garantia da liberdade individual”<sup>68</sup>. Isso porque o critério finalista aplicado pelo Conselho permite que a medida preventiva em questão (proibição da venda de bebidas alcoólicas) escape à aplicação do princípio da necessidade da pena, previsto no art. 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão<sup>69</sup>.

Tais precedentes permitem concluir que a noção de *periculosidade do agente*<sup>70</sup> é aplicada pelo Conselho em suas decisões, mesmo diante do fato de que ela não parece se harmonizar com o que dispõe o art. 9º da Declaração de 1789 – o qual proclama o princípio da presunção de inocência e o conecta a um juízo de culpabilidade, sem fazer qualquer referência à existência de um juízo de periculosidade. Além disso, a falta de rigidez constitucional com relação ao tema potencializa as incertezas presentes na jurisprudência do Pretório Excelso no que tange ao Direito penal e à proteção das liberdades individuais.

Por tal razão, pode-se afirmar que não existe na jurisprudência do Conselho Constitucional nenhum critério claro que permita distinguir com precisão uma medida de segurança, a qual não é atingida pelo princípio previsto no art. 8º da Declaração de 1789, de uma pena ou de uma *medida de caráter punitivo* – que, contrariamente, estão sim submetidas ao controle de constitucionalidade realizado a partir do referido artigo.

---

<sup>68</sup> BADINTER, Robert. La prison après la peine. **Le monde**, nov. 2007. Disponível em: <[http://www.lemonde.fr/idees/article/2007/11/27/la-prison-apres-la-peine-par-robert-badinter\\_982982\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2007/11/27/la-prison-apres-la-peine-par-robert-badinter_982982_3232.html)>. Acesso em: 15 fev. 2016.

No mesmo sentido, BONIS-GARÇON, Évelyne. L'identification de la sanction pénale. In: HOURQUEBIE, Fabrice; PELTIER, Virginie (Ed.). **Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal**. Paris: Cujas, 2013. p. 145: “Enquanto que o penalista define a sanção penal como a reunião de dois tipos de resposta penal – as penas e as medidas de segurança – o juiz constitucional distingue, de um lado, as penas e as ‘sanções com um caráter de punição’ e, de outro lado, as demais respostas penais que não são nem penas, nem sanções com um caráter de punição – categoria na qual ele insere as medidas de segurança”.

<sup>69</sup> De toda forma, as medidas de segurança não são, por exemplo, despidas de toda e qualquer proteção constitucional. O art. 9º da Declaração de 1789 e o art. 66 da Constituição são, por exemplo, aplicáveis a elas. No mesmo sentido, BONIS GARÇON, Évelyne. *Ibidem*. p. 150.

<sup>70</sup> Por exemplo, na Decisão do Conselho Constitucional francês, prolatada em 8 de dezembro de 2005, nº 2005-527, o Conselho afirma que “considerando, em segundo lugar, que o controle judiciário, notadamente o controle feito por intermédio de tornozeleira eletrônica, pode ser determinado pelo juiz de execução da pena, repousando ele sobre um juízo de periculosidade do indivíduo e não de culpabilidade. Possuindo como único objetivo a prevenção da reincidência, tem-se que tal medida não constitui nem uma pena, nem uma sanção”.

Segundo o Professor Drago, essa constatação mostra a ausência de uma cultura penalista no seio do Pretório Excelso – visto que o Conselho acaba por

raciocinar a partir de seus próprios cânones, os quais são marcados fortemente pelo Direito público e pela lógica da jurisdição administrativa, jurisdição esta que inspirou a técnica de controle de constitucionalidade utilizada pelo Pretório Excelso em suas decisões<sup>71</sup>.

## CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, podemos dizer que o Direito penal constitucional francês ainda está em fase de construção. A questão prioritária de constitucionalidade continua a alimentar o contencioso constitucional, permitindo que o Conselho analise os textos penais a partir dos seus próprios cânones. Espera-se que nos próximos anos os conceitos e as definições do Direito penal sejam cada vez mais utilizados nas decisões do Pretório Excelso, justamente no intuito de se dar maior precisão aos princípios gerais do Direito constitucional. Enquanto isso não ocorre, o Conselho não parece se intimidar quando se faz necessário declarar uma lei inconstitucional para salvaguardar um direito fundamental. Sem embargo, ao adotar as definições e os conceitos do Direito penal em sua jurisprudência, o Pretório Excelso poderá realizar um controle de constitucionalidade mais rígido. Somente assim o Direito penal constitucional poderá ter, de um lado, a solidez do Direito constitucional e, de outro, a precisão do Direito penal.

---

<sup>71</sup> DRAGO, Guillaume; LAMY, Bertrand de. Les relations du droit pénal et du droit constitutionnel. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Dir.). **Droit pénal et autres branches du droit**. Paris: Cujas, 2012. p. 353.

## REFERÊNCIAS

- BADINTER, Robert. La prison après la peine. **Le Monde**, nov. 2007. Disponível em: <[http://www.lemonde.fr/idees/article/2007/11/27/la-prison-apres-la-peine-par-robert-badinter\\_982982\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2007/11/27/la-prison-apres-la-peine-par-robert-badinter_982982_3232.html)>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- BECCARIA, Cesare. **Des délits et des peines**. Paris: GF, 2006.
- BONIS-GARÇON, Évelyne. L'identification de la sanction pénale. In: HOURQUEBIE, Fabrice; PELTIER, Virginie (Ed.). **Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal**. Paris: Cujas, 2013. p. 145-157.
- DRAGO, Guillaume; LAMY, Bertrand de. Les relations du droit pénal et du droit constitutionnel. In: SAINT-PAU, Jean-Christophe (Dir.). **Droit pénal et autres branches du droit**. Paris: Cujas, 2012.
- DREYER, Emmanuel. Le Conseil constitutionnel et la "matière" pénale: La QPC et les attentes déçues... **Semane Juridique**, n. 37, p. 1614-1621, 2011.
- FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 maio 2016.
- KERCHOVE, Michel Van de. Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, Paris, n. 4, p. 805-824, oct./déc. 2008.
- MAZIAU, Nicolas. Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité. **Recueil Dalloz**, Paris, n. 11, p. 529-535, fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. (Ir)responsabilité des personnes atteintes de troubles mentaux, le regard du constitutionnaliste. In: HOURQUEBIE, Fabrice; PELTIER, Virginie (Ed.). **Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal**. Paris: Cujas, 2013. p. 109-118.
- MONTGOLFIER, Jean-François de. L'apport de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au critère de la peine. In: MALABAT, Valérie; LAMY, Bertrand de; GIACOPPELLI, Muriel (Dir.). **Droit pénal: le temps des réformes**. Paris: Litec, 2011. p. 231-239.

