

# A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia

Um caso de “ativismo judicial” na Europa do século XIX

The Adoption of Judicial Review in Greece: Judicial Activism in Nineteenth Century's Europe

**DIMITRI DIMOULIS**

Doutor e Pós-doutor em direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Ensina direito constitucional e teoria geral do direito no Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba e da Universidade Bandeirante de São Paulo.

A Grécia é um país pequeno com um idioma que, para os demais, é quase inacessível. Nem por isto justifica-se o esquecimento de que o controle de constitucionalidade das leis foi introduzido neste país já na última década do século XIX, de forma similar ao ocorrido nos EUA.

Mesmo importantes obras de direito constitucional ignoram este fato. Para dar um exemplo, em seu Manual de direito constitucional, Elisabeth Zoller afirma que antes da segunda guerra mundial, exceptuando-se a Noruega e a Áustria, não havia controle de constitucionalidade na Europa e sustenta que o controle de constitucionalidade das leis foi introduzido na Grécia apenas em 1975, após a queda da ditadura militar.<sup>1</sup>

Um breve esboço da história constitucional da Grécia permite melhor situar a introdução do controle difuso no século XIX.<sup>2</sup> A atual Grécia (nome oficial: República Helênica) é o produto político e social de uma insurreição armada da população cristã ortodoxa na parte ocidental do Império Otomano, que iniciou em 1821 e terminou vitoriosamente em 1827.

Após alguns anos de negociações diplomáticas a Grécia foi internacionalmente reconhecida como Estado independente através do “Protocolo de Londres” assinado em 3 de março de 1830 pelas então Grandes Potências (Inglaterra, Rússia e França). Entre o início da guerra da Independência e o reconhecimento internacional foram promulgadas na Grécia as Constituições de 1822, 1823 e 1827, obra de delegados dos insurgidos. Principais fontes de inspiração foram as Constituições da França revolucionária, mesmo se a leitura comparativa indica que as referidas Constituições gregas são, em grande parte, obra autônoma, sem que se desse a adoção de parte dos textos constitucionais da França ou de outros países.

Conforme previsão do Protocolo de 1830, o príncipe Otto da Baviera foi designado Rei da Grécia. Otto reinou entre 1833 e 1843 de forma autoritária (regime conhecido

como “Bavarocracia”). Após uma sublevação do povo e do exército de Atenas, o Rei foi obrigado a aprovar, sem alterações, a Constituição de 1844, preparada por uma Assembléia constituinte. Esta Constituição introduziu o regime da monarquia constitucional, inspirando-se diretamente na Carta constitucional francesa de 1814 e na Constituição da Bélgica de 1831 (igualmente influenciada pela Carta de 1814).

Varias desavenças políticas e o descontentamento geral da população com o Rei Otto levaram à insurreição de 1862. O Rei abdicou e, após negociações diplomáticas, foi proclamado como novo Rei da Grécia o príncipe dinamarquês George. Uma nova Constituição, preparada por uma Assembléia constituinte, foi promulgada pelo novo Rei em 1864. Tratava-se de uma versão mais democrática da Constituição de 1844, que ampliava os direitos fundamentais e reconhecia a irrestrita soberania popular, pondo fim ao princípio da soberania monárquica e relegando ao Monarca a posição de um chefe de Estado hereditário (regime da “democracia coroada”).<sup>3</sup>

Nem a Constituição de 1864, nem as precedentes, previam mecanismos de controle da constitucionalidade das leis. Não podia ser diferente, já que a tradição francesa da indiscutível soberania do Congresso nacional, que influenciou as primeiras constituições gregas, impedia que o poder judiciário questionasse as manifestações normativas da “vontade nacional”.<sup>4</sup>

Mesmo assim, a Constituição grega de 1827 dispunha em seu art. 143, inciso I: “as presentes leis constitucionais prevalecem sobre todas as demais”. Tal preceito poderia ser interpretado como autorização para o exercício do controle de constitucionalidade.

Uma disposição semelhante incluía a Constituição de 1864, cujo art. 103 estabelecia: “Revogam-se todas as leis e decretos, na medida em que contrariam a presente Constituição”.

A esta disposição poderia ser dada tanto uma interpretação literal (revogação coletiva de atos normativos anteriores à Constituição) como uma interpretação extensiva (possibilidade de controlar a constitucionalidade de todas as normas infraconstitucionais, incluindo as posteriores à entrada em vigor da Constituição). A jurisprudência grega optou pela interpretação literal do art. 103, não vislumbrando a possibilidade de fiscalizar a constitucionalidade de normas que entraram em vigor sob a égide Constituição de 1864.<sup>5</sup>

Assim como os textos constitucionais, a doutrina constitucional grega também recebeu uma decisiva influência da França, notando-se ademais uma crescente influência da doutrina alemã a partir da segunda metade do século XIX.<sup>6</sup> Não é estranho, portanto, que os textos constitucionais e a doutrina não tivessem recebido influências da prática norte-americana do controle difuso de constitucionalidade, iniciada em 1803 pelo acórdão *Marbury versus Madison* da Suprema Corte.<sup>7</sup>

Realizando uma interpretação literal do referido art. 103 da Constituição de 1864, a doutrina do período, assim como a jurisprudência, considerava impossível a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de leis posteriores à entrada em vigor da Constituição: “os juízes não podem julgar as leis, devem julgar segundo as leis”, observava em 1858 o ilustre civilista Pavlos Calligas.<sup>8</sup> Seguia-se, assim, a tradição do constitucionalismo europeu.<sup>9</sup>

Esta interpretação, sustentada pela maioria dos doutrinadores do período, foi contestada pelo constitucionalista Diomidis Kyriakos (falecido em 1869). Em sua obra

intitulada “*Interpretação da Constituição grega*”, o autor considerou necessária a declaração da nulidade das leis inconstitucionais, invocando para tanto, a necessidade de preservar a supremacia da Constituição.<sup>10</sup> A referida obra foi publicada somente em 1904,<sup>11</sup> sendo, assim, posterior às primeiras decisões que afirmaram a competência do poder judiciário para apreciar a constitucionalidade das leis, como será visto em seguida.

Com efeito, na última década do século XIX alguns tribunais de Atenas afirmaram a admissibilidade do controle difuso da constitucionalidade das leis mesmo ante a ausência de qualquer disposição constitucional que lhes atribuisse expressamente esta competência.

Em 1892 deu-se início a essa jurisprudência através de uma decisão do Tribunal de primeira instância de Atenas (tradução em anexo). Rejeitando as alegações da administração pública, os juízes consideraram admissível o exame da constitucionalidade de lei que restringia direitos decorrentes do princípio constitucional da vitaliciedade dos juízes. O Tribunal afirmou sua competência para fiscalizar a lei em questão e resolver o eventual conflito com a Constituição, no sentido da prevalência dessa última. No presente caso, porém, o Tribunal considerou o pedido improcedente.

Em uma decisão de 1893, a Corte de Cassação grega posicionou-se também a favor da admissibilidade do exame de constitucionalidade, não obstante ter decidido pela improcedência da exceção de inconstitucionalidade no caso *sub judice*.

Essa decisão adquire particular importância pelas ditas alegações do Procurador de Justiça junto a Corte de Cassação. Em sua arguição, o Procurador de Justiça fundamentou a necessidade de fiscalizar a constitucionalidade das leis que incidem sobre os litígios, indicando que não somente as leis inconstitucionais padecem de vício que impede sua aplicação, mas que todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas em consonância com o texto constitucional. Dessa forma, o Procurador de Justiça propôs – de forma particularmente ousada – a técnica que, em vocabulário moderno, denomina-se de “interpretação conforme a Constituição”.<sup>12</sup>

A primeira declaração de inconstitucionalidade de lei ocorreu em 1897, quando a Corte de Cassação grega constatou a violação do direito de propriedade por lei ordinária e cassou uma decisão do Tribunal de Alçada de Atenas por ter omitido o exame de constitucionalidade da referida lei.

A jurisprudência grega configurou, assim, um mecanismo que objetivava preservar a supremacia da Constituição através do controle difuso, incidente e concreto, sendo que isto ocorreu quase três décadas *antes* da criação dos primeiros Tribunais Constitucionais na Europa!

Não se tratou, evidentemente, de uma novidade no direito comparado. As decisões dos tribunais de Atenas, que o leitor encontrará traduzidas em anexo, indicam uma inegável semelhança com o sistema de controle difuso adotado nos EUA.

O primeiro elemento em comum é a consolidação do conceito jurídico-normativo da Constituição enquanto norma jurídica vinculante e hierarquicamente superior às demais.<sup>13</sup> Nesta ótica, o legislador ordinário que contradiz as previsões constitucionais não desobedece somente à enunciação de princípios políticos, mas viola normas juridicamente superiores.

Os partidários do controle de constitucionalidade propugnam uma transposição do conceito de legalidade nas relações entre Constituição e legislação ordinária. Assim como os atos infralegais podem padecer do vício da ilegalidade, as leis ordinárias que contradizem a Constituição sofrem do vício da inconstitucionalidade, devendo os juízes atuar como depositários “naturais” do poder de constatar e reparar esta irregularidade normativa.

Essa posição não era aceita pela imensa maioria da doutrina constitucional européia quando, no final do século XIX, os juízes gregos decidiram que o texto constitucional lhes reservava implicitamente a posição de guardiões da primazia constitucional.

Do ponto de vista da estratégia institucional adotada pelos intérpretes da Constituição, observa-se uma segunda semelhança entre o acórdão *Marbury versus Madison* da Suprema Corte e as decisões gregas de 1892 e 1893. Nesses casos, os juízes afirmam a possibilidade de avaliar a conformidade entre leis e normas constitucionais, mas o fazem rejeitando o pedido que suscitou a discussão. Desta forma, o judiciário evita entrar em conflito direto com os demais poderes.<sup>14</sup> Porém, a mensagem é dada: os juízes tornam-se, potencialmente, julgadores do próprio poder legislativo.

A diferença na estratégia empregada está no fato de que os juízes gregos evitaram uma imediata declaração de inconstitucionalidade, considerando a queixa improcedente. No caso *Marbury versus Madison*, uma lei federal foi considerada inconstitucional, mas os juízes da Suprema Corte rejeitaram o pedido, alegando não terem competência para decidir sobre o caso concreto.

Ambas estratégias permitiram diminuir o impacto da revolucionária jurisprudência. Os tribunais evitaram o confronto imediato com os demais poderes, mas reservaram para si a possibilidade de não aplicar, no futuro, leis inconstitucionais.<sup>15</sup> Nos EUA, a Suprema Corte esperou 54 anos para declarar de novo a inconstitucionalidade de uma lei federal (acórdão *Dred Scott* de 1857), sendo que, na Grécia, a primeira constatação de inconstitucionalidade ocorreu em 1897, somente cinco anos após a primeira afirmação da possibilidade do controle incidente pelo judiciário.

Uma outra diferença entre o caso norte-americano e grego está no fato de que o mecanismo do controle difuso não foi incorporado até hoje no texto constitucional dos EUA, sendo que, na Grécia, a iniciativa do poder judiciário foi plenamente acolhida pelos constituintes. A Constituição de 1927 admitiu a possibilidade do controle difuso, incidental e concreto, incluindo uma “declaração interpretativa” em seu art. 5.º:

*O Poder Judiciário é exercido por Tribunais independentes e submetidos somente às leis (...). Declaração interpretativa: O verdadeiro sentido desta disposição é que os tribunais são obrigados a não aplicar a lei, cujo conteúdo contraria a Constituição.*

Esta “declaração” foi omitida pela Constituição de 1952 que não compreendia nenhuma referência ao controle de constitucionalidade. Isto não impediu, porém, que os tribunais gregos continuassem fiscalizando a constitucionalidade das leis, existindo pacífico entendimento da doutrina a este respeito.<sup>16</sup>

As Constituições de 1968 e 1973, editadas no período da ditadura militar (1967-1974), previam explicitamente a competência dos tribunais para controlar a constitucionalidade das leis ordinárias. Esta previsão foi também adotada pela Constituição vigente de 1975, cujo art. 93 § 4 reza: “Os tribunais são obrigados a não aplicar lei, cujo conteúdo contraria a Constituição”.

Assim sendo, o controle repressivo da constitucionalidade das leis continua sendo na Grécia difuso, incidental e concreto,<sup>17</sup> assim como o idealizaram, a finais do século XIX, os juízes de primeira instância e, em seguida, os Ministros da Corte de Cassação.<sup>18</sup>

Refletir sobre o caso da Grécia permite, em nossa opinião, relativizar as explicações esquemáticas sobre as formas do controle de constitucionalidade. Com efeito, muitos autores, antigos e novos, explicam a adoção do “modelo americano” de controle difuso com referência a três fatores institucionais: ao caráter federal dos EUA, ao regime presidencialista e à adoção do sistema do *common law* que concede amplas possibilidades de criação de direito ao judiciário. Segundo essa visão, o “modelo europeu” de controle concentrado ajustar-se-ia melhor às estruturas do Estado unitário, ao regime parlamentar e ao sistema jurídico legicêntrico.<sup>19</sup>

A introdução do controle difuso no século XIX na Grécia, bem como a sua perenidade histórica, invalidam estas explicações. A estrutura do Estado grego foi sempre unitária e fortemente centralizada. Além disto, o parlamentarismo consolidou-se definitivamente já na segunda metade do século XIX. Finalmente, o sistema jurídico legicêntrico foi adotado imediatamente após o fim da guerra da Independência da Grécia, através da recepção dos grandes Códigos então vigentes na França e na Alemanha.

A surpreendente afinidade entre a forma do controle constitucional na Grécia e nos EUA impõe uma última observação. Em nenhuma das decisões gregas aqui apresentadas encontraremos referências aos precedentes norte-americanos. Mesmo assim, os juízes gregos contrariaram frontalmente o entendimento doutrinário da época na Europa, aproximando-se da visão constitucional do Juiz Marshall.

A pesquisa histórico-jurídica até hoje não pôde detectar se se tratou de uma recepção consciente ou de uma coincidência no pensamento “ativista”.<sup>20</sup> Nos dois casos temos uma interpretação que, apesar de sua aparente lógica não é incontestável. Os tribunais que, diante do silêncio da Constituição, afirmam que sua competência para fiscalizar a constitucionalidade encontra-se implicitamente prevista na Constituição, apresentam um sofisma fundamentado em um salto lógico. Como observa Laurence Tribe, da correta afirmação de que o legislador deve respeitar os mandamentos constitucionais não resulta que o juiz é competente para fiscalizar o legislador. Afirmar isso, constitui uma falácia lógica que “não distingue a dança do dançarino”.<sup>21</sup>

A obrigatoriedade e a supremacia jurídica da Constituição não significa, automaticamente que os tribunais possam fixar seu sentido em última instância, invalidando os entendimentos contrários do legislador. A não ser que os juízes o afirmem em determinado país e esse entendimento torne-se “coisa julgada”, sem relevante resistência das demais instituições. Nesse caso, porém, não temos uma interpretação satisfatória da Constituição, e sim um puro decisionismo...

Em todos os casos o judiciário da Grécia utilizou uma hábil estratégia que lhe permitiu transformar, já a finais do século XIX, suas suposições sobre os meios de garantia da

supremacia da Constituição em verdades institucionais. Verdades que até hoje permanecem incontestadas no direito e na prática constitucional da Grécia.

## BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BURDEAU, Georges, HAMON, Francis, TROPER, Michel. *Droit constitutionnel*. Paris: L.G.D.J., 1988.
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*. v. 1. Paris: Montchrestien, 1988.
- DIMOULIS, Dimitri. Zwischen Frankreich und Deutschland. Volk, Staatsangehörigkeit und Staatsbürger im griechischen öffentlich-rechtlichen Denken des 19. Jahrhunderts. In KASSIMATIS, Georg, STOLLEIS, Michael (orgs.). *Verfassungsgeschichte und Staatsrechtslehre*. Frankfurt/M.: Klostermann, 2001, pp. 87-137.
- DROSSOS, Iannis. *Ensaio de teoria constitucional grega*. Atenas: Sakkoulas, 1996 (em idioma grego).
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1968.
- KORTMANN, Constantijn A. J. M., BOVEND'EERT, Paul P. T. *Dutch Constitutional Law*. The Hague: Kluwert, 2000.
- MANESSIS, Aristovoulos. Questões decorrentes da invalidade das leis inconstitucionais. In MANESSIS, Aristovoulos. *Teoria e prática constitucional*. Thessaloniki: Sakkoulas, 1980, pp. 288-315 (em idioma grego).
- MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall traduzidas por Américo Lobo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de cultura económica, 1996.
- SPILIOTOPOULOS, Epameinondas. Judicial Review of Legislative Acts in Greece. *Temple Law Quarterly*. v. 56, 1983, pp. 463-481.
- SPYROPOULOS, Philippos. *Constitutional Law in Hellas*. Kluwer/Sakkoulas: The Hague/Athens, 1995.
- TAKIS, Andreas, HATZI, Hryssa. Reflexões acerca da proposta de criação de um Tribunal Constitucional na Grécia. In THEODOSSIS, Gerassimos et al. *Justiça e Constituição*. Atenas: Sakkoulas, 1993, pp. 53-80 (em idioma grego).
- THEODOSSIS, Gerassimos. Tribunal constitucional na Grécia? In THEODOSSIS, Gerassimos et al. *Justiça e Constituição*. Atenas: Sakkoulas, 1993, pp. 17-52 (em idioma grego).
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. v. 1. New York: Foundation Press, 2000.
- VASSILOJANNIS, Philippos K. Nikolaos N. Saripolos und die Anwendung der sogenannten juristischen Methode. In KASSIMATIS, Georg, STOLLEIS, Michael (orgs.). *Verfassungsgeschichte und Staatsrechtslehre*. Frankfurt/M.: Klostermann, 2001, pp. 217-232.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ZOLLER, Elisabeth. *Droit constitutionnel*. Paris: PUF, 1999.
- Jurisprudência grega sobre o controle de constitucionalidade (1892, 1893, 1897)

Nota: A tradução foi feita de forma fiel, mantendo o estilo e respeitando a terminologia empregada na época. Comentários e esclarecimentos encontram-se no final deste capítulo (Dimitri Dimoulis).

## 1. Tribunal de Primeira Instância de Atenas

### Decisão 6664 de 1892

*Relator: Juiz de Direito Mikail Hatzakos*<sup>22</sup>

“Ementa: Constituição – Lei contrária a esta – Lei sobre a aposentadoria dos juízes vitalícios – Interrogatório oral perante a Corte de Cassação – Demissão.

Decisão: O Estado alega impedimento do Tribunal para examinar se a disposição do art. 9, inciso II da Lei 443 de 1871 sobre a aposentadoria dos juízes vitalícios contraria os mandamentos da Constituição. Esta alegação carece de fundamento, já que os Tribunais não superam os limites de seu poder, nem fiscalizam o poder legislativo, quando decidem que uma lei, respeitosa de todas as formalidades que testemunham sua validade conforme as previsões do regime em vigor, contraria a Constituição do ponto de vista do conteúdo.

Isto porque a Constituição, produto do poder constituinte do povo, constitui a lei fundamental do Estado, que regulamenta os limites e o modo de atuação de cada um dos poderes políticos do Estado e, conseqüentemente, também do poder legislativo. As disposições fundamentais da Constituição foram instituídas como absolutamente imutáveis e as demais normas constitucionais podem sofrer alterações somente se forem respeitadas determinadas condições (art. 107 da Constituição).

Isto evidencia que, cada vez que os tribunais constatarem um claro conflito entre a Constituição e uma lei oriunda do poder legislativo ordinário, não podem considerar como derogada a Constituição imutável. Devem imperativamente resolver a antinomia reconhecendo a primazia da Constituição e considerando que a lei não possui o poder de abolir a Constituição.

Esta opinião se fortalece pelo art. 26 da Constituição,<sup>23</sup> segundo o qual cabe ao poder legislativo interpretar de forma autêntica as leis e não a Constituição. A validade da interpretação autêntica não decorre das regras da lógica e da ciência e sim da autoridade do poder que a realiza, devendo ser obedecida, mesmo se está em contradição aberta com as regras da hermenêutica.

Por tal razão, a interpretação autêntica deve decorrer somente daquele poder que criou a norma interpretada, sendo que, em caso contrário e sob o pretexto da interpretação oficial da Constituição, o poder legislativo poderia chegar até a plena ab-rogação da Constituição.

Disto decorre que a qualificação de uma lei como inconstitucional através de uma lei interpretativa – mesmo se a lei interpretada for conforme a Constituição –, significa simplesmente que esta lei foi revogada por força de um mandamento superior. Ao contrário, a qualificação de uma lei como constitucional através de uma lei interpretativa, mesmo se a lei interpretada for evidentemente contrária à Constituição, nada mais significa do que uma repetida violação da Constituição.

Apesar disto, o Tribunal considera que a alegação de inconstitucionalidade da previsão do inciso II do art. 9 da lei 443, que foi aplicada no caso concreto, é improcedente pelos seguintes motivos: (...).”

[Em seguida o Tribunal fundamenta a conformidade do dispositivo em questão com o texto constitucional.]

## 2. Corte de Cassação, Segunda Câmara

### Decisão 169 de 1893

*Relator: Ministro B. Papadopoulos<sup>24</sup>*

“Ementa: Identidade de jurado – publicidade da audiência – admissibilidade de motivos de apelação relacionados com a violação da Constituição – sigilo de correspondência.

Decisão: (...) A nossa Constituição, cujo art. 20 introduziu a disposição fundamental que garante a inviolabilidade do sigilo de correspondência,<sup>25</sup> é absolutamente inviolável. Seu claro objetivo é assegurar, através da referida disposição, de forma absoluta e perante todos, sem nenhuma distinção, a comunicação confidencial das reflexões e pensamentos dos correspondentes, através das cartas trocadas pelos cidadãos. Quando, porém, a carta for recebida pelo seu destinatário e este comunica seu conteúdo ou entrega a carta a terceiros ou às autoridades, deixa de existir o sigilo que a Constituição desejou preservar através da referida disposição.

Assim sendo, em nada errou a sentença do Tribunal do Júri n. 20 de 1893, considerando que não contraria a Constituição o fato da testemunha A. P. ter apresentado e lido carta que o recorrente Menélaos enviou a A. S.

O Tribunal não obteve a certeza de que a testemunha subtraiu a carta ou a adquiriu de forma contrária à vontade do destinatário, nem pôde constatar se a testemunha adquiriu a carta antes ou depois que o destinatário a recebesse e tomasse ciência de seu conteúdo. Por tais razões, o motivo da apelação, fundamentado em suposições contrárias, revela-se impropriedade”.

[Posicionando-se sobre este recurso de apelação, o Procurador de Justiça junto a Corte de Cassação Dimitri Tzibanopoulos teceu as seguintes alegações sobre o controle da constitucionalidade.]

“Em relação ao motivo de violação do sigilo de correspondência.

Antes de examinar a procedência deste motivo considero necessário o exame de admissibilidade da reclamação sobre o uso indevido da carta enquanto meio probatório, ao qual o réu se opôs. O nosso código processual elencou em seu art. 458 os motivos que permitem apelar contra as sentenças do Tribunal do Júri, indicando, em sua parte final, que todas as demais violações de formalidades processuais podem ser invocadas somente perante o Tribunal do Júri.

Por este motivo, a Corte de Cassação firmou, em muitas decisões, o entendimento de que não há motivos que autorizem a apelação, além dos elencados pela lei. Mais especificamente, constituiria motivo de apelação a violação de formalidades que acarretam nulidade e não a violação da Constituição ou de dispositivo material do

processo penal. Apesar disto, esta Corte de Cassação já admitiu que a falta de fundamentação da sentença constitui motivo de apelação por violação do art. 93 da Constituição (decisão da Corte 196 de 1872).

O Sr. Kostantopoulos critica em seu livro (p. 49) a referida decisão, já que nenhuma lei considera as violações da Constituição como motivos que autorizem a apelação. Considero esta crítica infundada. Qualquer ato que contraria as previsões da Constituição torna-se plenamente nulo. Infelizmente, a Constituição é posterior à nossa legislação penal e, por tal motivo, as disposições dessa última não estão em consonância com a Constituição. As disposições que protegem a liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo de correspondência não se harmonizam com as disposições constitucionais, já que as previsões esporádicas que se encontram no Código Penal (arts. 445, 469 etc.) não constituem freios eficazes contra todos os desvios do poder.

O mesmo ocorre com o processo penal. Quando o legislador estabeleceu os motivos da apelação desconhecia o regime constitucional.<sup>26</sup> Atualmente, o artigo 110 da Constituição confia a sua observância ao patriotismo dos Gregos.<sup>27</sup> O mesmo voto e recomendação encontravam-se na antiga Constituição,<sup>28</sup> assim como em muitas outras Constituições (...). O sentido do art. 110 é de que todos os cidadãos devem zelar pelo respeito das liberdades constitucionais, utilizando-se de todos os meios legais, como os direitos de petição, de imprensa e de recurso aos tribunais.

Sendo interpostos tais recursos, como ocorreu no presente caso, onde o réu queixou-se da violação da Constituição em relação ao sigilo de correspondência, a Suprema Corte do país não pode esquivar-se de uma decisão, alegando que o art. 458 do Código de Processo Penal não compreende a violação da Constituição entre os motivos de apelação e, por conseqüência, deixar que o Tribunal do Júri se pronuncie de forma soberana.

Por ser anterior à Constituição, o Código do Processo Penal não podia prever a violação das disposições constitucionais e decidir se constituem ou não motivos de apelação. O legislador negou a validade legal de sentenças que violam as leis em vigor, interpretam de forma falsa ou errada a lei penal ou violam formalidades que acarretam a nulidade, permitindo o recurso ante a Corte de Cassação em prol da salvaguarda da legislação e da anulação de tais sentenças.

Não seria, então, correto admitir que o legislador pretendia proibir tal recurso quando as sentenças dos tribunais violassem a Constituição, a lei fundamental, caso o regime constitucional chegasse a se implantar. A Constituição, que é produto da Assembléia Constituinte e não de um corpo legislativo, estabeleceu os fundamentos que sustentam todo o edifício estatal.

Deveríamos considerar que o nosso legislador é não somente leviano, mas também plenamente indiferente à ordem moral e aos interesses sociais, para admitir de que ele dispôs, de forma extremamente detalhada, sobre todas as disposições do processo penal, cuja violação acarreta nulidade, e sobre a interpretação e aplicação de todas as disposições do Código Penal, no intuito de assegurar sua proteção e pleno respeito, sendo que, ao mesmo tempo, considerou conveniente deixar à plena discricionariedade da decisão soberana do Tribunal do Júri a proteção de um futuro regime constitucional.

O Tribunal do Júri é considerado inferior ao sábio julgamento dos Ministros da Corte de Cassação e, algumas vezes, é influenciado pelas impressões momentâneas que se criam

nas audiências. A Corte de Cassação deve decidir da mesma forma que decidiria o legislador de 1834 se se transformasse em juiz hodierno e interpretasse sua própria lei. Tendo considerado como formalmente admissível o referido motivo de apelação, passo a examinar sua procedência (...)”.

[Em seguida, o Procurador de Justiça conclui que a leitura pública da carta endereçada ao réu não violou o sigilo de correspondência.]

### 3. Corte de Cassação, Primeira Câmara

#### Decisão 23 de 1897

*Relator: Ministro Adamantios Petritsis*<sup>29</sup>

“A disposição do art. 4 da Lei 173 de 1867 (...) contraria o art. 17 da Constituição,<sup>30</sup> segundo o qual ninguém será privado de sua propriedade sem prévia indenização. Nos casos em que uma disposição de lei contraria a Constituição, pelo fato de modificar através da legislação ordinária uma disposição fundamental da Constituição, tal como a referida, o Tribunal possui o direito de não aplicar tal disposição no caso em julgamento.

Assim sendo, o Tribunal de Alçada deveria considerar se o Mosteiro, que ora pede a cassação e reivindica as terras contestadas, possui títulos de propriedade (...). O Tribunal de Alçada deveria examinar esta questão e não indeferir o pedido pelo simples motivo de sua inadmissibilidade, considerando que os tribunais não podem avaliar a inconstitucionalidade ou não da referida disposição. Decidindo desta forma e omitindo o referido exame, o Tribunal de Alçada violou o art. 17 da Constituição, e por isto deve ser cassada a decisão impugnada”.

## NOTAS

<sup>1</sup> Zoller, 1999, pp. 45-46. Ainda mais confusas são as referências da autora à Grécia na p. 153 de seu Manual. Colocações semelhantes são feitas por Biscaretti di Ruffia, 1996, pp. 572-574. Em outros autores também encontramos afirmações que indicam o total desconhecimento sobre a evolução do controle de constitucionalidade na Europa. Neste sentido, Burdeau, Hamon e Troper (1988, p. 91) afirmam que, na Europa, “nunca os juízes quiseram assumir a responsabilidade de censurar a obra do legislador”. Nesta mesma linha de pensamento, cf. Vieira, 1994, p. 46.

<sup>2</sup> Para uma apresentação do surgimento do constitucionalismo e da evolução constitucional da Grécia no século XIX, cfr. Spyropoulos, 1995, p. 19-24 e, analiticamente, Dimoulis, 2001, onde o leitor encontrará as referências bibliográficas básicas. A mais completa reconstrução da evolução da doutrina e jurisprudência constitucionais na Grécia encontra-se em Drossos, 1996, que dedica um capítulo inteiro ao estudo da adoção do controle de constitucionalidade (pp. 177-213); cfr. Vassilojannis, 2001, pp. 227-232.

<sup>3</sup> Assim observamos que entre 1822 e 1864, como resultado da instabilidade institucional no processo de formação do Estado grego, foram promulgadas cinco constituições.

<sup>4</sup> Zoller, 1999, pp. 41-45, 182-208.

<sup>5</sup> Drossos, 1996, pp. 184-186.

<sup>6</sup> Dimoulis, 2001, pp. 128-137.

<sup>7</sup> Marshall, 1997, pp. 1-29; cfr. Tribe, 2000, pp. 207-213.

<sup>8</sup> Cfr. Drossos, 1996, p. 183.

<sup>9</sup> Uma clara manifestação desta tendência encontra-se na reforma constitucional realizada na Holanda em 1848. Para preservar as prerrogativas do Parlamento, o constituinte *proibiu* ao poder judiciário o controle da constitucionalidade das leis. A proibição continua em vigor até hoje (artigo 120 da Constituição de 1983). Cfr. Kortmann, Bovend'Eert, 2000, pp. 134-135.

<sup>10</sup> Drossos, 1996, pp. 183-184.

<sup>11</sup> Sobre a obra de Kyriakos cfr. Dimoulis, 2001, pp. 134-136.

<sup>12</sup> Barroso, 1999, pp. 180-187.

<sup>13</sup> Cfr. Drossos, 1996, p. 193.

<sup>14</sup> Drossos, 1996, p. 195.

<sup>15</sup> Trata-se da estratégia conhecida no direito administrativo francês como “técnica dos acórdãos de indeferimento”. O tribunal introduz uma inovação jurisprudencial em casos já considerados “perdidos”, onde tanto a antiga como a nova jurisprudência levaria ao mesmo resultado (Chapus, 1988, p. 71).

<sup>16</sup> Manessis, 1980, pp. 290-295; Drossos, 1996, pp. 201-213; Vassilojannis, 2001, pp. 230-232.

<sup>17</sup> Na Grécia existe hoje uma única figura de controle concentrado e abstrato. Trata-se da competência do Supremo Tribunal Especial para examinar a constitucionalidade das leis, quando existem entendimentos contrários manifestados por, pelo menos, dois dos três Tribunais Superiores (Corte de Cassação, Conselho do Estado, Tribunal de Contas) (artigo 110, § 1, letra e da Constituição de 1975). Em tais casos, que são extremamente raros na prática, o Supremo Tribunal Especial pode declarar a nulidade de norma inconstitucional com efeitos *erga omnes*. Sobre a configuração do controle de constitucionalidade na Grécia após a entrada em vigor da Constituição de 1975, cfr. Spiliotopoulos, 1983; Spyropoulos, 1995, p. 107-109.

<sup>18</sup> A questão da criação de um Tribunal constitucional é uma constante do debate doutrinário, existindo, inclusive, propostas de reforma constitucional neste sentido (cfr. as referências em: Manessis, 1980, p. 294, nota 7; Theodossis, 1993; Takis/Hatzi, 1993). Essas propostas não tiveram êxito porque o atual sistema de controle apresenta vantagens para os detentores do poder político. A forma difusa e incidente limita a frequência e o impacto das constatações de inconstitucionalidade e evita a criação de um novo centro de poder, que poderia censurar com maior facilidade as decisões legislativas.

<sup>19</sup> Franco, 1968, p. 72; Vieira, 1994, p. 47; Zoller, 1999, pp. 151-153.

<sup>20</sup> Drossos, 1996, p. 193 observa que o direito constitucional dos EUA era conhecido na Grécia do século XIX através de traduções, sendo provável que os juízes gregos estivessem a par da prática de controle de constitucionalidade naquele país. Se isto for verdade, o que nem esse autor nem outros estudiosos comprovam, não deixa de ser enigmática a omissão de uma prestigiosa referência que poderia legitimar as decisões dos tribunais gregos.

<sup>21</sup> Tribe, 2000, p. 213.

<sup>22</sup> Decisão publicada na Revista *Themis*, 1892, pp. 471-479.

<sup>23</sup> Referência à Constituição de 1864.

<sup>24</sup> Decisão publicada na Revista *Themis*, 1893, pp. 388-393.

<sup>25</sup> Referência à Constituição de 1864.

<sup>26</sup> Referência ao Código Penal e ao Código do Processo Penal de 1834. Ambos entraram em vigor no período da monarquia absoluta, ou seja, antes da entrada em vigor da Constituição de 1844.

<sup>27</sup> Referência à Constituição de 1864.

<sup>28</sup> Referência à Constituição de 1844.

<sup>29</sup> Decisão publicada na Revista *Themis*, 1898, p. 329.

<sup>30</sup> Referência à Constituição de 1864.