

§ 34.

Direito ao contraditório em processo judicial (Art. 103 I GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 103 (Direitos fundamentais do acusado)

- (1) Todos têm o direito de serem ouvidos perante os juízos e tribunais
- (2) ...
- (3) ...

124. BVERFG 9, 89

(GEHÖR BEI HAFTBEFEHL)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 08/01/1959

MATÉRIA:

A reclamante, que respondia em liberdade a processo penal por estelionato e difamação, volta-se, em sua Reclamação Constitucional, contra a decretação de sua prisão preventiva, ocorrida a partir de requerimento do Ministério Público feito em uma reclamação ordinária (*Beschwerde*). A reclamante afirmou, de maneira substancial (pressuposto processual), a violação de seu direito fundamental processual ao contraditório em processo judicial, previsto no Art. 103 I GG, por não ter sido intimada dessa decisão, não tendo oportunidade de ser ouvida.

O TCF admitiu a Reclamação Constitucional, mas a julgou improcedente, pois considerou permitida uma ponderação com interesses contrapostos ao direito fundamental, os quais funcionam como limites

constitucionais, concluindo que se trata de uma intervenção justificada naquele direito fundamental.

1. Na decretação da prisão preventiva, uma intimação do acusado para audiência (*Anhörung*)³⁵⁷ posterior à prisão é compatível com a *Grundgesetz*. O mesmo vale também para a instância de reclamação (*Beschwerdeinstanz*).
2. Se o Superior Tribunal Estadual conceder um mandado de prisão, rejeitado ou revogado na instância inferior, a partir de uma reclamação (*Beschwerde*) do Ministério Público, sem antes ouvir o acusado, então ele terá que dar ao acusado a oportunidade de oferecer suas contra-razões, decidindo sobre estas. Para isto, o acusado deverá ser intimado em análoga aplicação do § 115 StPO.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 8 de janeiro de 1959

– 1 BvR 396/53 –

(...)

RAZÕES

A.

1. Num processo de investigação contra a reclamante por vários casos de estelionato e difamação, o Juízo de Primeira Instância de *Schwäbisch Hall* decretou, em 3 de setembro de 1955, com base no perigo de obstrução da justiça (*Verdunkelungsgefahr*) [destruição ou falseamento de provas, tomada de influência sobre testemunhas etc], sua prisão. A partir de reclamação da acusada, o Tribunal Estadual de *Heilbronn* revogou esse mandado de prisão em 8 de setembro de 1955, (...).

(...).

Em 16 de setembro de 1955, o Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart* reformou a decisão do Tribunal Estadual, mantendo o mandado de prisão de 3 de setembro de 1955 do Juízo de Primeira Instância. (...).

A reclamação do Ministério Público não havia sido comunicada nem aos advogados, nem à reclamante [ambos não foram dela intimados]. (...).

(...).

³⁵⁷ A escolha terminológica é, no direito processual penal alemão, diversa da brasileira, que optou pelo termo “interrogatório” (*Verhör*). A escolha terminológica alemã sublinha o caráter de defesa do acusado, que corresponde, inclusive, a um dos aspectos importantes (fazendo parte de sua área de proteção como mostra a presente decisão) do direito fundamental previsto no Art. 103 GG.

2. – 3. (...).**B.**

A Reclamação Constitucional é admitida.

1. – 3. (...).**C.**

A Reclamação Constitucional é improcedente.

I.

A questão levantada pela reclamante sobre se o Tribunal que examinou a reclamação [do Ministério Público, ou seja, o Superior Tribunal Estadual], querendo decretar uma prisão que fora rejeitada por um tribunal inferior [no caso, pelo Tribunal Estadual – 2ª instância] deverá ouvir o acusado antes dessa decisão exige algumas ponderações, por princípio, sobre o significado do direito ao contraditório em geral, e, especificamente, sobre a oitiva do acusado no processo prisional do Código de Processo Penal.

1. O princípio do direito de contraditório, elevado a direito fundamental no Art. 103 GG, é uma conseqüência do pensamento de Estado de direito para o âmbito do processo judicial. A função dos tribunais, de prolatar uma decisão terminativa [que conclua uma fase processual, podendo se tornar definitiva em não havendo ou não sendo interposto o recurso adequado ou proposta a Reclamação Constitucional] sobre uma situação concreta da vida, não pode, em regra, ser cumprida sem oitiva das partes. Essa oitiva é, assim, primeiramente, pressuposto de uma decisão correta. Além disso, a dignidade da pessoa exige que não se disponha sobre seu direito de maneira leviana, com base [somente] na autoridade [estatal]: o indivíduo não só deve ser o objeto da decisão do juiz, como deve ser ouvido antes de uma decisão que envolva seus direitos, a fim de poder ter influência sobre o processo e o seu resultado (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279]).

O direito ao contraditório do acusado foi reconhecido fundamentalmente há muito tempo no direito processual e amplamente respeitado; cada código de processo concretizou esse princípio, dando-lhe conteúdo e forma. Nesse momento, ele precisou ser harmonizado com outros princípios decorrentes da coerência material interna do tipo processual individualmente considerado. Apesar da elevação do princípio do direito ao contraditório à categoria de direito fundamental, nada pode ter mudado na

legitimidade de interesses contrários [a ele] e na necessidade de realizar uma compatibilização desses interesses com o interesse do atingido na sua oitiva. Sua inserção na *Grundgesetz* teve o escopo de tornar impossíveis abusos em processos judiciais, tais quais aqueles que foram perpetrados sob o regime nacional-socialista, reconstruindo a confiança do povo numa administração imparcial da Justiça. Não pode, porém, corresponder ao sentido do Art. 103 I GG [a possibilidade de] preterir absolutamente as ponderações cuidadosamente pensadas entre os diversos interesses, a serem observados individualmente em cada tipo de processo, e as limitações ao direito ao contraditório nelas baseadas.

O Art. 103 I GG parte, portanto, do princípio de que a conformação mais detalhada do direito ao contraditório deve caber aos códigos de processo. Como os códigos de processo vigentes à época da promulgação da *Grundgesetz* em geral atendiam às exigências de Estado de direito, relativamente à concessão do direito ao contraditório, a interpretação do Art. 103 I GG – da mesma forma que ocorre com a interpretação da proibição do dupla penalização de um único delito criminal (*ne bis in idem*, cf. BVerfGE 3, 248 [252]) elevada à categoria de direito fundamental pelo parágrafo 3º do Art. 103 GG [Art. 103 III GG] – deve-se dar a partir do quadro geral do direito processual pré-constitucional.

(...).

2. Como o direito ao contraditório deve dar ao atingido a oportunidade de influenciar uma decisão judicial a ser tomada, só uma oitiva prévia, via de regra, fará sentido. Acima de tudo, a natureza definitiva e imutável dos dispositivos, a qual é, em regra, própria das decisões, obriga à oitiva das partes antes que se decida definitivamente, como ocorre no caso de decisões judiciais de última instância e daquelas equiparadas àquelas que concluem um processo, principalmente aquelas decisões capazes de fazer coisa julgada material.

Aos tribunais são, todavia, outorgadas também tarefas junto às quais não se realiza um julgamento jurídico conclusivo sobre uma matéria, mas se toma medidas cautelares para a regulamentação de um estado provisório ou para assegurar direitos públicos privados; (...).

(...).

A necessidade de se assegurar interesses ameaçados pode, no entanto, tornar necessária uma ação imediata, a qual não somente não permite o esclarecimento

[imediato] da matéria, como também até mesmo exclui a possibilidade de uma oitiva prévia do atingido. De fato, pode ser até mesmo ordenado desistir de uma em si possível oitiva do atingido, a fim de não o advertir [a respeito da investigação], se interesses relevantes estiverem em jogo (cf. BVerfGE 7, 95 [99]). É justamente a interposição do juiz que torna viável a aplicação de tais medidas sem a prévia oitiva da parte contrária. Todavia, como nesses casos sempre se trata de uma intervenção nos direitos do atingido, uma exceção ao princípio da audiência prévia somente será permitida quando isso for indispensável para não pôr em risco o propósito da medida. Desse contexto resulta para o legislador a obrigação de submeter intervenções sem audiência prévia a oportunos pressupostos muito estritos. Além disso, a idéia do Estado de direito exige que o atingido em tais casos tenha a oportunidade de se defender contra as medidas ordenadas, pelo menos a posteriori. (...).

3. – 4. (...).

II.

1. – 5. (...).

III. – IV. (...)

125. BVERFGE 41, 246

(BAADER-MEINHOF)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 21/01/1976

MATÉRIA:

Os reclamantes, entre eles o Sr. *Baader* e a Sra. *Meinhof*, respondiam presos a processo penal. Na prisão, promoveram, entre outros, greve de fome, o que comprometeu suas saúdes e tiveram suas condições carcerárias legalmente pioradas por repetidos choques contra o Código Disciplinar Prisional. Tudo isso os levaram a uma incapacidade relativa de participar da longa audiência principal, que se estendeu por vários dias. A partir desse quadro, o Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart* decidiu prosseguir a audiência principal na ausência dos réus. Contra essa decisão, os réus ajuizaram uma criminal-processualmente prevista Reclamação Imediata perante o Tribunal Federal [BGH], que a rejeitou com fundamento no § 231 a StPO [cf. o teor abaixo, na reprodução de

excertos da decisão em pauta], o qual, assim o BGH, não se aplicaria somente ao caso de incapacidade absoluta, mas, segundo seu propósito (interpretação teleológica que não contraria o teor), também a casos como o presente, de relativa incapacidade provocada, de maneira dolosa e punível, pelo réu. Contra essa decisão, os réus, ora reclamantes, ajuizaram sua Reclamação Constitucional, julgada “evidentemente” infundada e, portanto, improcedente pelo TCF.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 21 de janeiro de 1976

De acordo com o § 24 BVerfGG

– 2 BvR 941/75 –

(...)

Dispositivo da decisão

A Reclamação Constitucional foi indeferida de plano (*wird verworfen*).

RAZÕES:

O objeto da Reclamação Constitucional é a questão sobre se os direitos fundamentais dos réus no processo *Baader-Meinhof*, de *Stuttgart*, foram violados porque a audiência principal foi prosseguida na sua ausência.

I.

1. Por princípio, a audiência principal não acontece na ausência do réu. Há exceções. A Lei para Complementação da Primeira lei de Reforma do Direito Processual Penal, de 20 de dezembro de 1974 (BGBl. I, 1, p. 3686) expandiu o círculo destas exceções e, especialmente, inseriu o seguinte dispositivo:

§ 231a StPO

(1) Se o réu de maneira dolosa e culpável colocar-se em um estado que exclua sua capacidade de atuação [defesa oral] em audiência, prejudicando assim, conscientemente, a devida realização ou prosseguimento da audiência principal em sua presença, então a audiência principal, ainda que ele não tivesse sido ouvido sobre a acusação, ocorrerá ou prosseguirá em sua ausência, desde

que o tribunal não considere a sua presença imprescindível. Segundo o 1º. Período [anterior a este, ou seja: § 231a I 1 StPO]³⁵⁸, deve-se somente proceder se o réu, após o início da ação principal, teve a oportunidade de se pronunciar a respeito da acusação perante o tribunal ou um juiz incumbido para tanto.

(2) Assim que o réu se tornar novamente capacitado para a atuação em audiência, o Presidente deve, enquanto não tiver sido iniciada a leitura da decisão, informá-lo a respeito daquilo que foi feito em sua ausência.

(3) Pela audiência na ausência do réu, segundo o [supra] parágrafo 1 [§ 231a I StPO], o tribunal se decide depois da oitiva de um médico [que atua na audiência] como especialista. A decisão pode ser tomada já antes do início da audiência principal. Contra a decisão é admitida reclamação [ordinária] imediata; ...

(4) (...).

2. Com base nesse dispositivo, o Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart* decidiu, em 30 de setembro de 1975, dar continuidade na ausência do réu à audiência principal iniciada.

(...).

3. (...).

II.

A Reclamação Constitucional é evidentemente improcedente.

A decisão (Beschluss) do Tribunal Federal (BGH) não viola os direitos fundamentais dos réus.

1. O dispositivo do § 231 a do StPO, sobre a qual ele [BGH] se baseia, é constitucional. Ele não atinge o réu nem em seu direito ao contraditório (Art. 103 I GG), nem em seu direito ao devido processo legal (Art. 2 I c.c. o Art. 20 III GG).

Na medida em que destes direitos fundamentais resulta o direito do réu de estar presente na audiência principal e de defender-se, esse direito de estar presente não lhe é subtraído pelo § 231a StPO. Quem provoca sua incapacidade de atuação em audiência de maneira dolosa e culpável, equipara-se àquele que – apesar de poder comparecer – não comparece à audiência principal ou dela se afasta por própria vontade

³⁵⁸ Sobre a técnica legislativa na Alemanha, cf. nota introdutória às abreviações.

(cf. § 231 II StPO). Se o réu, porém, em vez de fazer uso de seu direito de estar presente, abdicar da possibilidade de sua participação pessoal na audiência principal, então ele não terá seus direitos fundamentais feridos pelo fato de a audiência principal ocorrer em sua ausência.

(...).

2. – 3. (...).

(ass.) Dr. *Zeidler*, Dr. *Geiger*, Dr. *Rinck*, *Wand*, *Hirsch*,
Dr. *Rottmann*, Dr. *Niebler*, Dr. *Steinberger*

126. BVERFG 25, 158

(RECHTLICHES GEHÖR BEI VERSÄUMNISURTEILEN)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 21/01/1969

MATÉRIA:

O reclamante respondia por um processo de contravenção penal prevista pelo direito penal de trânsito. Em sua Reclamação Constitucional, o reclamante afirmou a violação de seu direito fundamental ao contraditório, perpetrada pela decisão (*Beschluss*) do Tribunal Estadual de *Bremen*, ao indeferir liminarmente seu protesto pela devolução do prazo de resposta contra uma medida penal aplicada pelo Tribunal de Primeira Instância de *Bremen*. O TCF admitiu e julgou procedente a Reclamação Constitucional, fundamentando, com o direito do acusado ao **contraditório junto a decisões judiciais**, que declaram a **preclusão** (*rechtliches Gehör bei Versäumnisurteilen*).

O direito do atingido, de conseguir valer-se de seu direito ao contraditório em processo de protesto contra decisão de preclusão processual (*Einspruchsverfahren*), não é alterado por uma intimação substitutiva prevista no § 182 ZPO da medida penal de modo inconstitucional.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 21 de janeiro de 1969
– 2 BvR 724/67 –
 (...)

RAZÕES

A. – I.

1. O Tribunal de Primeira Instância de *Bremen* editou contra o reclamante uma medida penal³⁵⁹ que impunha pena de 60 marcos alemães, alternativamente a dois dias de detenção, devido a uma transgressão no trânsito viário. Antes, o reclamante foi interrogado pela polícia como indiciado. Da medida penal foi o reclamante citado pelo correio em 28 de junho de 1967, conforme o § 37 I 1 StPO c.c. § 182 ZPO. Segundo suas informações, o reclamante encontrava-se em férias entre 17 de junho e 8 de julho de 1967 e só pôde retirar no correio a [intimação] da medida penal no dia 10 de julho de 1967. Com a petição, datada em 11 de julho de 1967, recebida pelo Tribunal de Primeira Instância de *Bremen*, o reclamante ofereceu por intermédio de seu advogado, a 12 de julho de 1967, contestação contra a medida penal e requereu, devido à perda do prazo para contestação, o restabelecimento do estágio [processual] anterior (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*)³⁶⁰.
2. Com a decisão (*Beschluss*) de 26 de setembro de 1967 – 94 Cs (P) 94054/67 – o Tribunal de Primeira Instância de *Bremen* indeferiu o restabelecimento do estágio [processual] anterior [a devolução do prazo de contestação]; (...).
3. (...).
4. O Tribunal Estadual de *Bremen* indeferiu a reclamação ordinária como improcedente na decisão (*Beschluss*) de 7 de novembro de 1967. (...).
5. (...).

II. – IV. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

1. – 2. (...).

³⁵⁹ Neste ponto, JÜRGEN SCHWABE lembra, em sua coletânea, que tal instituto “não existe mais atualmente” (*op. cit.* P. 592, n. 1). Além disso, faz (*ibid.*) a seguinte referência: “Cf., porém, o semelhante mandado criminal (§ 407 *et seq.* StPO).”

³⁶⁰ Ou seja, no caso: devolução do prazo de contestação.

C.

A Reclamação Constitucional contra a decisão (*Beschluss*) do Tribunal de Bremen de 7 de novembro de 1967 é procedente.

1. (...).

2. Ao contrário, a decisão do Tribunal Estadual de *Bremen* de 7 de novembro de 1967 viola o Art. 103 I GG, porque o tribunal não considerou o significado e o alcance do direito ao contraditório quando do exame da questão da culpa no processo de restabelecimento do estágio [processual] anterior, (cf. BVerfGE 7, 198 [ementa 3 e p. 207]; 18, 85 [92]; 19, 303 [310]; 22, 93 [98]).

a) As deficiências do processo penal sumário podem ser toleradas constitucionalmente, porque o contraditório para o atingido é outorgado na medida em que ele tem a possibilidade de, por protesto [*Einspruch* – ato processual previsto para tanto], provocar uma audiência principal (BVerfGE 3, 248 [253]). No caso de perder o prazo para protestar, esta possibilidade depende de se o restabelecimento será concedido. Para os pressupostos do restabelecimento, os dispositivos processuais serão em si determinantes; todavia, deve ser observado que o Art. 103 I GG garante, em face de todos os procedimentos judiciais, independentemente da conformação do procedimento pelos diferentes códigos processuais (BVerfGE 7, 53 [57]), um mínimo de contraditório. No mais, deve ser observado que num caso como o presente não se trata apenas da garantia de contraditório em face de um único fundamento de decisão ou em uma instância, mas da questão sobre se nesse processo o contraditório foi em geral garantido. O princípio pelo qual as exigências sobre o que uma parte processual deve fazer para a garantia de seu direito ao contraditório não podem ser exageradas (BVerfGE 17, 194 [197]; 18, 147 [150]) tem que ser, por isso, justamente em um caso como o presente, aplicado com cuidado especial.

b) O tribunal estadual ignorou este mandamento constitucional pelas exigências que fez ao dever de cuidado do reclamante em relação a uma intimação que deveria estar sendo esperada. Quem tem residência fixa e dela se ausenta apenas passageiramente – como, por exemplo, neste caso, durante uma viagem de férias de três semanas – não está obrigado a tomar medidas especiais de precaução tendo em vista possíveis intimações judiciais. O cidadão deve poder contar com a certeza do restabelecimento ao estágio anterior [do procedimento], caso durante esse período ele seja intimado de uma medida penal pelos correios e, por desconhecer a existência

dessa intimação substitutiva, ele venha a perder o prazo para a [devida] resposta [processual]. (...).

c) (...).

3. (...).

Esta decisão foi prolatada unanimemente.

(ass.) *Seuffert*, Dr. *Leibholz*, *Geller*, o juiz Dr. v. *Schlabrendorff* não pôde assinar.

Seuffert, Dr. *Rupp*, Dr. *Geiger*, Dr. *Kutscher*, o juiz Dr. *Rinck* não pôde assinar.

Seuffert.