AS GARANTIAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO

Segunda-Feira, 15 de Junho de 2020 11:50:37

ARTIGO

AUTOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Revista Jurídica, Sapucaia do Sul/São Paulo: Nota Dez/Editora Fonte do Direito, n. 340, ano 54, p. 97-108, fevereiro de 2006

Anexos: 07

AS GARANTIAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO*

LUÍS AFONSO HECK**

INTRODUÇÃO

A lei fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, enumerou os direitos fundamentais pelo seu artigo 1 até o 19[1]. Todavia, os direitos previstos nos artigos 101 e 103, entre outros, da lei fundamental, por exemplo, não são compreendidos diferentemente daqueles enumerados nos seus artigos iniciais[2]. Neste trabalho, devem ser apresentados, primeiro, os pontos principais da concepção dos direitos fundamentais, que auxiliam na compreensão dos direitos contidos nos artigos 101 e 103 da lei fundamental, em perspectiva jurídico-constitucional[3]; depois, deve seguir uma análise circunstanciada dos artigos mencionados; e, por fim, uma conclusão[4].

I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No âmbito da lei fundamental[5], alguns pontos essenciais no plano dos direitos fundamentais podem ser ressaltados: o caráter duplo, o núcleo essencial, o princípio da proporcionalidade e a proteção.

---

* Palestra proferida na realização do seminário internacional de processo penal, intitulado "Garantias constitucionais no processo penal", em 28 de novembro de 2001, no auditório da justiça federal de Porto Alegre. Ela foi reapresentada, em agosto de 2005, revisada, no curso de currículo permanente – módulo IV – direito penal, promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – EMAGIS.

** Prof. da UFRGS. Doutor em Direito.

1 Sobre isso, no particular, ver HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, p. 225 e seguintes, nº de margem 277 e ss.

2 Ver HESSE (nota 1), p. 225, nº de margem 277.

3 Ou, para me expressar com ROBERT ALEXY (*Theorie der Grundrechte.* 2. Aufl. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994; versão espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitutionales, 1997. Tradução de Ernesto Garzón Valdés), trata-se, aqui, particularmente da dimensão analítica, o que também vale para o que segue (S. 23, 159 ff., pp. 30, 173 e seguintes).

4 Este trabalho, por razões de configuração organizacional do evento em que será apresentado, renuncia à comparação de direito constitucional brasileiro e alemão.

5 Para os fundamentos históricos e a história das idéias pertinentes aos direitos fundamentais anteriores à lei fundamental, ver STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* München: Beck, Band III/1, S. 47 ff.

1 – O Caráter Duplo dos Direitos Fundamentais[6]

Os direitos fundamentais, por um lado, garantem ao particular direitos subjetivos com hierarquia constitucional, o que os diferencia de outros direitos subjetivos. Disso resulta o caráter subjetivo público dos direitos fundamentais, isto é, a relação entre o particular e o Estado, que JELLINEK distinguiu com os conceitos do *status negativus, status positivus* e *status activus*[7]. Esses *status* caracterizam, cada vez, um estado do particular diante do Estado[8].

O *status negativus* é o estado no qual o particular tem a sua liberdade do Estado, ou seja, ele pode resolver as suas questões individuais, regular sua vida em sociedade e desenvolver os seus negócios sem o Estado. Esse estado é configurado e assegurado pelos direitos fundamentais à medida que eles, como direitos de defesa, protegem determinadas liberdades, espaços livres, direitos de liberdade ou a livre disposição de certos bens deixados ao particular contra a intervenção, limitações, restrições ou violações do Estado.

O *status positivus* é aquele no qual o particular não pode ter a sua liberdade sem o Estado. Esse estado é configurado e assegurado à medida que os direitos fundamentais são direitos de pretensão, de proteção, de ter parte, de prestação, de procedimento.

O *status activus* é o estado no qual o particular faz atuar sua liberdade no e para o Estado. Esse estado é configurado e assegurado pelos direitos cívico-estatais, ou seja, o de ser eleitor e eleito, o de apresentar a objeção de consciência (prestar o serviço militar sem armas), o de ter acesso aos cargos públicos e o de exercê-los[9].

Os direitos fundamentais, por outro lado, também possuem um caráter objetivo, que se manifesta, uma vez, no fato de o Estado não poder exercitar a sua competência legislativa, executiva e judicial de forma arbitrária, mas deve sempre fazer uso dela nos limites traçados pelos direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos fundamentais limitam o campo de atuação e de decisão do Estado. O caráter objetivo se manifesta também, desde a sentença-Lüth de 1958[10], pronunciada pelo tribunal constitucional federal, pelo efeito irradiador que os direitos fundamentais têm sobre o direito ordinário, sobretudo o direito privado[11].

[6] Essa expressão encontra-se em HESSE (nota 1), p. 228.

[7] Ver JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Aufl. Tübingen, 1919, S. 87, 94 ff.

[8] Sobre a distinção entre direitos subjetivos públicos e privados, ver JELLINEK (nota 7), S. 54 ff.

[9] Ver sobre isso também PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte, Staatsrecht II*. 18. Aufl. Heidelberg: Müller, 2002, S. 16 ff., Rn. 57 ff. Essa idéia do *status* de JELLINEK, inclusive do *status* passivo, foi trabalhada por ALEXY (nota 3), S. 229 ff., pp. 247 e ss.

[10] Ver sobre ela HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 29, jan./mar., p. 40 e ss, 1999.

[11] O efeito irradiador dos direitos fundamentais no direito público, todavia, também pode ser afirmado, principalmente, com a manifestação de que direito administrativo vale como direito constitucional concretizado. Assim, por exemplo, os direitos fundamentais também exerceram o seu efeito irradiador no direito de reunião (artigo 8 da lei fundamental: 1) Todos os alemães têm o

2 – O Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais

O artigo 19, alínea 2, da lei fundamental diz: "Em nenhum caso um direito fundamental pode ser tangido em seu conteúdo essencial". A questão sobre o que seja o núcleo essencial, cujo tangimento não pode ser justificado com base na constituição, é discutível. Na doutrina, por um lado, de acordo com a teoria do conteúdo essencial mínimo, sustenta-se que o conteúdo essencial deve ser determinado não só para cada direito fundamental individual, mas também em cada caso particular separadamente. Somente depois da feitura da ponderação de todos os interesses e bens, públicos e privados, presentes no caso particular, pode ser verificado se o conteúdo essencial está tangido ou não.

De acordo com a teoria do conteúdo essencial absoluto, por outro lado, é sustentado que o conteúdo essencial é uma grandeza firme, independente do caso individual e concreto. Essa teoria está vinculada com os conceitos de núcleo essencial, núcleo dos direitos fundamentais, substância fundamental, conteúdo mínimo, posição mínima e assim por diante[12].

À última doutrina pode ser objetada que os conceitos a ela vinculados são tão vagos e ambíguos como o próprio conceito de conteúdo essencial. Disso resulta que não é possível chegar à determinação do conteúdo essencial considerando-o um conceito geral e os vinculados, por sua vez, conceitos particulares.

A doutrina inicialmente mencionada merece a preferência por duas razões: primeiro, porque ela tenta obter o resultado sempre a partir de uma realidade dada, isto é, diante de um caso particular; segundo, porque ela oferece a possibilidade para que os interesses e bens, que desempenham um papel para a decisão no caso dado, possam se fazer valer no procedimento legalmente previsto. Nessa conexão se expressa a atuação do princípio da proporcionalidade.

3 – O Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, segundo a jurisprudência do tribunal constitucional federal, tem suas raízes no princípio do estado de direito e, portanto,

direito de se reunir, sem declaração ou permissão, pacificamente e sem armas. 2) Para reuniões ao ar livre esse direito pode ser limitado por lei ou com base em uma lei, na utilização pacífica da energia nuclear (artigo 2, alínea 2, da lei fundamental: cada um tem o direito à vida e à integridade corporal. A liberdade da pessoa é inviolável. Nesses direitos poderá somente com base em uma lei ser intervindo), no direito dos estrangeiros (artigo 6, alínea 2, da lei fundamental: criação e educação é o direito natural dos pais e o dever que cabe a eles primeiro. Pela sua atuação vela a comunidade estatal) e no direito penal (artigo 2, alínea 2, proposição 1, da lei fundamental e artigo 1, alínea 1, da lei fundamental: a dignidade da pessoa é intangível. Considerá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal). Nota: a tradução foi modificada a cada vez.

[12] Sobre essas teorias, com mais demonstrações e indicação bibliográfica, PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 69 f., Rn. 298 ff.

é dele derivado; nesse sentido, o princípio da proporcionalidade tem hierarquia constitucional[13].

A composição do princípio da proporcionalidade compreende três (3) subprincípios:

a) Idoneidade: significa que a situação, que o Estado vai criar com a intervenção, e a situação, na qual a finalidade perseguida deve ser vista como realizada, devem estar em uma conexão proporcionada por hipóteses autênticas pela realidade. Dito de modo conciso: o meio deve promover o fim[14].

b) Necessidade: significa que não existe outra situação, que o Estado pudesse também criar sem grande gasto, que seja para o cidadão menos gravosa e que essa situação esteja com a situação, na qual a finalidade perseguida deve ser vista como realizada, também em conexão proporcionada por hipóteses autênticas pela realidade. Dito de modo conciso: a finalidade não pode ser alcançada por um meio igualmente eficaz, mas menos gravoso[15].

c) Proporcionalidade em sentido estrito: significa que a intervenção, ou seja, o prejuízo que a intervenção significa para o particular, e a finalidade, perseguida pela intervenção, devem estar em uma relação justamente ponderada e bem equilibrada[16].

O princípio da proporcionalidade desempenha também um papel importante não só na interpretação da constituição, ou seja, dos direitos fundamentais, mas também na limitação de direitos fundamentais.

Na interpretação dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade está em uma relação estreita com o princípio da concordância prática, cuja formulação é de HESSE. Segundo este princípio, os bens jurídicos que têm a sua proteção na constituição devem, na solução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Disso resulta, simultaneamente com o princípio da unidade da constituição, uma tarefa de otimização, ou seja, a ambos os bens jurídicos devem ser traçados limites para que ambos possam chegar a uma eficácia ótima. O traçamento desses limites, portanto, no caso concreto, a cada vez, deve ser proporcional, isto é, ele não deve ir além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos[17]. O princípio da proibição de excesso pode, sobretudo aqui, ser útil[18].

Na limitação dos direitos fundamentais coloca-se a tarefa da coordenação entre direitos de liberdade jurídico-fundamentais e outros bens jurídicos para que tanto estes como aqueles cheguem à realidade. Essa coordenação deve, por

[13] Ver sobre isso, com indicação da jurisprudência, HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995, p. 176; HESSE, (nota 1), p. 158 e seguinte, nº de margem 185.

[14] Assim PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 66, Rn. 283.

[15] Assim PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 66, Rn. 285.

[16] Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 67, Rn. 289.

[17] Ver sobre isso HESSE (nota 1), pp. 66 e seguinte, nº de margem 72, com mais demonstrações.

[18] Ver sobre isso HECK (nota 13), pp. 176 e seguinte.

conseguinte, ser proporcional, ou seja, a sua realização deve observar os três subprincípios do princípio da proporcionalidade[19].

4 – A Proteção dos Direitos Fundamentais

O artigo 19, alínea 4, proposição 1, da lei fundamental prescreve: "Se alguém é violado em seus direitos pelo poder público, então está-lhe aberta a via jurídica"[20]. Nisso se expressa a chamada garantia da proteção jurídica. Alguns pontos devem aqui ser ressaltados.

a) Poder público. Essa expressão não compreende o poder judiciário, porque o artigo 19, alínea 4, da lei fundamental[21] deve garantir a proteção pelo juiz e não contra o juiz e porque a certeza jurídica, como elemento do princípio do estado de direito, pressupõe a coisa julgada[22]. Ela também não compreende o dador de leis, em todo o caso, não o dador de leis formal, uma vez que o controle normativo está previsto em vários artigos da lei fundamental (artigo 93, alínea 1, número 2, artigo 93, alínea 1, número 4a, e artigo 100, alínea 1) e, com exceção do artigo 93, alínea 1, número 4a, da lei fundamental, no qual está previsto o recurso constitucional, portanto, não está nas mãos do particular pôr em marcha o controle normativo quando se trata de leis formais[23]. Em contrapartida, o poder executivo está amplamente submetido ao controle judicial, também no aspecto do controle da observância dos direitos fundamentais, tendo em vista o artigo 1, alínea 3, da lei fundamental[24], que vincula não só o dador de leis e o poder judiciário, mas também o poder executivo aos direitos fundamentais como diretamente vigentes.

b) Direitos. A violação dos direitos compreende não somente os direitos fundamentais, mas todos os direitos subjetivos, tanto de direito público como de direito privado e, assim, o artigo 19, alínea 4, da lei fundamental pressupõe esses direitos, ele não os cria[25].

[19] Ver sobre isso, com mais demonstrações, HESSE (nota 1), pp. 255 e seguintes, nº de margem 317 e seguintes.

[20] Nota: a tradução foi modificada.

[21] Artigo 19, alínea 4, da lei fundamental: se alguém é violado em seus direitos pelo poder público, então está-lhe aberta a via jurídica. À medida que uma outra competência não está fundamentada, está dada a via jurídica ordinária. Artigo 10, alínea 2, proposição 2, permanece intato. Nota: a tradução foi modificada.

[22] Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 258, Rn. 1009; para mais, também HESSE (nota 1), p. 269, nº de margem 337.

[23] Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 258, Rn. 1010; para mais, também HESSE (nota 1), p. 269, nº de margem 337.

[24] Artigo 1, alínea 3, da lei fundamental: os direitos fundamentais que seguem vinculam dação de leis, poder executivo e jurisdição como direito imediatamente vigente. Nota: a tradução foi modificada.

[25] Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 259, Rn. 1012.

c) A via judicial. A abertura da via judicial compreende o acesso ao tribunal, o procedimento diante do tribunal e a decisão pelo tribunal, em que tribunais são os estatais[26].

d) Recurso constitucional. O artigo 19, alínea 4, da lei fundamental não garante a possibilidade de recorrer ao tribunal constitucional federal por causa de uma violação de direitos fundamentais. Essa possibilidade, que tem por finalidade a proteção de direitos fundamentais, está prevista no artigo 93, alínea 1, número 4a, da lei fundamental, que contém, como já mencionado, o recurso constitucional. Segundo ele, qualquer pessoa pode propor um recurso constitucional diante do tribunal constitucional federal sob a alegação de estar sendo violada pelo poder público em algum dos seus direitos fundamentais ou em algum dos seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigos 33, 38, 101, 103 e 104 da lei fundamental. Aqui, ao contrário do artigo 19, alínea 4, da lei fundamental, o controle do dador de leis e do judiciário também é possível[27].

II – Os Direitos dos Artigos 101 e 103 da Lei Fundamental

1 – Proibição de Tribunais de Exceção

O artigo 101 da lei fundamental diz:

1) Tribunais de exceção são inadmissíveis. Ninguém deve ser subtraído do seu juiz legal.

2) Tribunais para âmbitos materiais particulares podem somente por lei ser estabelecidos[28].

1.1 Visão de conjunto

Tribunais de exceção, mencionados no artigo 101, alínea 1, proposição 1, da lei fundamental, são tribunais que ou não têm fundamento legal ou, embora o tenham, não têm uma fixação de sua competência geral-abstrata[29].

A garantia do juiz legal, prevista no artigo 101, alínea 1, proposição 2, da lei fundamental, deve evitar o risco que a justiça seja exposta a influências estranhas

[26] Ver Pieroth/Schlink (nota 9), S. 260, Rn. 1018; para mais, Hesse (nota 1), pp. 270 e seguinte, nº de margem 339.

[27] Ver Hesse (nota 1), pp. 271 e seguintes, nºs de margem 340 e seguintes. Uma visão circunstanciada do recurso constitucional encontra-se em Heck, Luís Afonso. O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. *Revista de Informação Legislativa*, n. 124, p. 115 e ss., out./dez. 1994.

[28] Nota: a tradução foi modificada.

[29] Pieroth/Schlink (nota 9), S. 272 f., Rn. 1057, com indicação da jurisprudência do tribunal constitucional federal.

por uma manipulação dos órgãos jurisdicionais[30]. Ela garante ao particular que somente o juiz determinado por lei o julgue. Nesse sentido, a garantia ao juiz legal está sob a reserva da lei. Além disso, direito ao juiz legal é uma cunhagem importante da certeza jurídica e do mandamento de objetivação do estado de direito[31]. A garantia do juiz legal não alcança os tribunais privados, ou seja, tribunais arbitrais e seus juízes; o legislador não está impedido de admitir a jurisdição arbitral, que nasce da iniciativa privada, enquanto o mandamento do juiz legal deve restringir a liberdade de atuação dos órgãos do Estado, e que tem o seu fundamento no artigo 2 da lei fundamental[32], ou seja, na liberdade de ação e autonomia privada[33].

No artigo 101, alínea 2, da lei fundamental, está garantida uma exigência de reserva legal para tribunais destinados a matérias especiais, como, por exemplo, tribunais de honra (tribunais para advogados, advogados de patentes, médicos, dentistas, veterinários, farmacêuticos, contabilistas, assessor fiscal) e tribunais profissionais (tribunais disciplinares de algumas profissões, instalados junto aos tribunais ordinários).

Os direitos subjetivos decorrentes do artigo 101 da lei fundamental valem para todas as pessoas, até mesmo para aquela que está ilegalmente no território alemão e para o apátrida, não apenas para os alemães[34].

1.2 Âmbito de proteção

Por um lado, a competência de um juiz para um caso concreto deve estar determinada geral e abstratamente de antemão[35]. Nessa medida, a garantia do juiz legal está em relação estreita com o princípio da igualdade geral do artigo 3 da lei fundamental[36]. A competência resulta da conexão entre as leis de organização dos

[30] Jarass, Hans; Pieroth, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Kommentar. 5. Auf., München: Beck, 2000, S. 981, Rn. 1, com indicação da jurisprudência do tribunal constitucional federal.

[31] Jarass/Pieroth (nota 30), S. 981, Rn. 1, com indicação da jurisprudência do tribunal constitucional federal.

[32] Artigo 2 da lei fundamental: 1) Cada um tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, à medida que ele não viola os direitos de outros e não infringe a ordem constitucional ou a lei moral. Para a alínea 2, ver nota 11, supra. Nota: a tradução foi modificada.

[33] Maunz, Theodor; Dürig, Günter. *Grundgesetz: Kommentar*. München: Beck, Stand: August 2000, Band. V, S. 10, Rn. 22 (Art. 101 GG).
Sobre a jurisprudência do tribunal constitucional federal a respeito do artigo 101, alínea 1, ver Heck (nota 13), pp. 216 e seguintes.

[34] Maunz/Dürig (nota 33), S. 5, Rn. 7 (Art. 101 GG).

[35] Pieroth/Schlink (nota 9), S. 273, Rn. 1058.

[36] Ver Maunz/Dürig (nota 33), S. 8, Rn. 14 (Art. 101 GG). Artigo 3 da lei fundamental: 1) Todas as pessoas são, diante da lei, iguais. 2) Homens e mulheres têm os mesmos direitos. O estado fomenta a imposição real da igualdade de direitos de mulheres e homens e esforça-se pela eliminação de desvantagens existentes. 3) Ninguém pode, por causa de seu sexo, sua descendência, sua raça, seu idioma, sua pátria e origem, sua fé, suas visões religiosas ou políticas, ser prejudicado ou

tribunais e as leis processuais[37]. Por outro, de acordo com jurisprudência constante do tribunal constitucional federal, o direito do artigo 101, alínea 1, proposição 2, da lei fundamental é visto não apenas como direito ao juiz legalmente competente, mas também como direito a um juiz e, com isso, a tribunais, que em todas as perspectivas correspondam às exigências da lei fundamental. As exigências essenciais da lei fundamental são a independência, segundo o artigo 97 da lei fundamental, e a imparcialidade (de acordo com o tribunal constitucional federal, neutralidade e distância diante dos participantes no procedimento)[38].

1.3 Intervenções

Intervenção significa aqui a supressão do juiz legal. Ela pode proceder tanto do legislador, como do executivo e do judiciário.

Pelo legislativo, por exemplo, não basta que toda a regulação seja feita por lei, segundo o artigo 101, alínea 1, proposição 2, da lei fundamental, caso contrário, tribunais de exceção legalmente instituídos seriam constitucionais. Isso, todavia, não é possível, porque seria a supressão do juiz legal[39].

O direito ao juiz legal tem sua raiz histórica na intervenção do executivo, ou seja, na justiça de gabinete que, na Idade Média, consistia no direito dos senhores territoriais de chamar a si determinadas decisões jurídicas. À justiça de gabinete também está ligado o direito de evocação, ou seja, de chamar a si procedimentos pendentes[40]. Na metade do Século XVIII, a justiça de gabinete foi aos poucos eliminada, restanto aos senhores territoriais somente o direito de graça.

Que os juízes sejam nomeados e pagos pelo executivo não é visto como supressão do direito ao juiz legal. A supressão ocorreria pela nomeação de um juiz *ad hoc* e *ad personam*[41].

No âmbito do poder judiciário, um *error in procedendo* não significa uma intervenção, mas uma aplicação arbitrariamente incorreta das prescrições procedimentais, sim[42]. Nesse sentido, os juízes não podem desenvolver princípios

privilegiado. Ninguém pode, por causa do seu aleijamento, ser prejudicado. Nota: a tradução foi modificada.

37 PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 273, Rn. 1060.

38 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 273 f., Rn. 1062, com indicação da jurisprudência do tribunal constitucional federal; MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 7 f., Rn. 12 f. (Art. 101 GG).

39 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 274, Rn. 1065.

40 Ver para isso também MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 3, Rn. 1 (Art. 101 GG).

41 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 275, Rn. 1067, com indicação de literatura e jurisprudência do tribunal constitucional federal.

42 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 275, Rn. 1068, com indicação da jurisprudência do tribunal constitucional federal. No sentido do artigo 101 da lei fundamental, uma medida é sempre arbitrária quando ela é estranha ao objeto, ou seja, quando ela é tomada sem fundamentos objetivos suficientes; ver sobre isso MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 26, Rn. 51 (Art. 101 GG). Para a comprovação da arbitrariedade não importam os motivos subjetivos, somente os critérios objetivos (últimos autores citados, S. 26, Rn. 52 (Art. 101 GG)).

que ultrapassem o âmbito da interpretação[43]. Além disso, o descumprimento do dever de apresentação também significa uma intervenção[44].

2 – Direitos Fundamentais do Réu

O artigo 103 da lei fundamental diz:

1) Diante do tribunal cada um tem a pretensão de audiência jurídica.

2) Um ato pode somente ser apenado se a punibilidade estava determinada legalmente antes de o ato ter sido iniciado.

3) Ninguém pode, por causa do mesmo ato, com base nas leis penais gerais, ser apenado várias vezes[45].

2.1 O direito à audiência

O artigo 103, alínea 1, da lei fundamental embasa uma garantia jurídico-fundamental. Por um lado, ela é uma cunhagem especial do princípio do estado de direito e, por outro, também serve à dignidade da pessoa que, em uma situação tão grave como, em geral, o processo apresenta, deve ter a possibilidade de poder afirmar-se com argumentos de fato e de direito[46]. Nesse sentido, o artigo 101, alínea 1, da lei fundamental também garante uma igualdade de armas processual[47].

O direito à audiência pressupõe que o afetado seja informado completamente sobre a matéria do procedimento e possa reconhecer o que é importante para o tribunal em sua decisão; além disso, esse direito compreende o dever do tribunal de tomar conhecimento do apresentado e levá-lo em

43 Ver sobre isso, com mais demonstrações, MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 25, Rn. 50 (Art. 101 GG). Sobre a tarefa da interpretação, ver HESSE (nota 1), pp. 55 e ss., nºs de margem 51 e seguintes, pp. 45 e seguintes, nºs de margem 36 e seguintes, e sobre o papel da argumentação também nas decisões judiciais, ver ROBERT ALEXY (*Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983; versão espanhola: Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitutionales, 1997. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo), que parte nesse trabalho de uma manifestação do tribunal constitucional federal (BVerfGE 34, 269 (287), segundo a qual as decisões dos juízes devem "basear-se em argumentos racionais" (S. 15, p. 19).

44 Isso é o caso, por exemplo, quando um senado do tribunal federal pretende desviar-se da concepção jurídica de outro senado; ele deve, então, chamar o grande senado, isto é, a união de senados. Ver sobre isso MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 27, Rn. 54 (Art. 101 GG).

45 Nota: a tradução foi modificada.

46 Ver PIEROTH/SCHLINK, (nota 9) S. 277, Rn. 1075, com a indicação da jurisprudência do tribunal constitucional federal. O artigo 101, alínea 1, da lei fundamental não serve à abertura de via judicial, garantida pelo artigo 19, alínea 4, da lei fundamental, mas deve garantir no interior de um procedimento uma posição especial dos participantes e uma qualidade especial da decisão judicial. Ver sobre isso MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 6, Rn. 7 (Art. 103 I GG).

47 Ver sobre isso, com mais demonstrações, MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 7a, Rn. 10 (Art. 103 I GG).

consideração[48]. O particular não pode ser objeto da decisão judicial, mas ele deve, diante de uma decisão que afeta os seus direitos, ter a palavra para poder exercer influência no procedimento e na sua decisão[49]. Nessa conexão, fala-se de três fases de realização do direito à audiência: direito de informação, direito de manifestação e direito de consideração[50]. Ele vale diante de todos os tribunais estatais, para todas as jurisdições e para todos os procedimentos judiciais[51]. O direito à audiência também é compreendido como um direito de prestação igual a um direito fundamental[52].

Um exercício efetivo dos direitos contidos no artigo 103, alínea 1, da lei fundamental pressupõe, ainda, uma situação de conhecimento dos participantes, que deve ser protegida no decorrer do procedimento. Essa proteção abrange duas proibições: uma, a proibição de valorização, ou seja, os juízes somente podem valorizar os fatos e resultados de prova que foram objeto de tomada de posição das partes; outra, a proibição de decisões-surpresa, isto é, as partes não podem ser atropeladas com novos pontos de vista jurídicos[53].

Se a falta de audiência for irrelevante, ou seja, se ela não afeta a decisão do tribunal, por um lado, e, por outro, se ela for recuperada no mesmo procedimento, isso não é considerado uma intervenção[54].

O artigo 103, alínea 1, da lei fundamental não contém uma reserva de lei. Assim, intervenções somente poderiam encontrar a sua justificação no direito constitucional colidente[55].

É discutido se o artigo 103, alínea 1, da lei fundamental também garante o chamamento de um advogado. O tribunal constitucional federal deduz o direito de se fazer representar por um advogado, no procedimento penal, do princípio do estado de direito, mas recusa no mais um tal direito a partir do artigo 103, alínea 1, da lei fundamental[56].

---

48 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9) S. 277 f., Rn. 1076, com a indicação da jurisprudência do tribunal constitucional federal.

49 Ver HECK (nota 13), p.220.

50 Ver sobre isso, com mais demonstrações, MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 24a ff., Rn. 69 ff. (Art. 101 I GG).

51 PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 279, Rn. 1080.

52 Ver SACHS, Michael. *Verfassungsrecht II Grundrechte*. Berlin: Springer, 2000, S. 526, Rn. 1. O artigo 103, alínea 1, da lei fundamental normaliza somente um direito, mas não um dever de se manifestar, conforme MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 26, Rn. 81 (Art. 103 I GG).

53 Ver sobre isso, com mais demonstrações, MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 31c ff., Rn. 138 ff. (Art. 101 I GG).

54 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 279, Rn. 1081, com mais demonstrações.

55 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 279, Rn. 1082.
Sobre a jurisprudência do tribunal constitucional federal a respeito do artigo 103, alínea 1, da lei fundamental, ver HECK (nota 13), pp. 213 e seguintes.

56 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 278, Rn. 1078 com indicação da jurisprudência do tribunal constitucional federal.

O artigo 101, alínea 1, da lei fundamental compreende a assistência judiciária[57].

2.2 *Nullum crimen, nulla poena sine lege*

No artigo 103, alínea 2, da lei fundamental, está contido o direito a leis penais determinadas, que permitem ao particular saber o que é proibido penalmente e qual a pena no caso de violação[58], e a leis penais não-retroativas: crime e pena devem estar determinados ao tempo do fato. Assim, previsão e capacidade de condução dependem da determinação da norma[59]. O estado de direito, nessa conexão, deve proteger o cidadão não apenas diante do poder das autoridades, mas também por poder estatal diante de violações[60].

A prescrição semelhante à do artigo 103, alínea 2, da lei fundamental, prevista no § 1 do Código Penal, alcança, assim, força constitucional[61].

Sob o conceito de punibilidade fica não somente o direito criminal, mas também o direito penal administrativo, o direito disciplinar e o direito referente aos códigos de ética[62].

O artigo 103, alínea 2, da lei fundamental está sob a reserva da lei[63], e também é entendido como proteção ao direito de personalidade geral[64].

2.3 *Ne Bis In Idem*

O direito contido no artigo 103, alínea 3, da lei fundamental garante a coisa julgada da sentença judicial e realiza, com isso, certeza jurídica, que tem na sua retaguarda a justiça material[65]. Segundo ele, ninguém deve ser punido duas vezes pelo mesmo fato, ou seja, não apenas ser julgado novamente, mas também não deve ser promovido novamente um procedimento[66].

A expressão leis penais gerais deve restringir o campo de aplicação do artigo 103, alínea 3, da lei fundamental ao direito penal criminal, mas pode ser estendido

---

57 Ver para isso MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 29e f., Rn. 113 (art. 103 I GG).

58 Lei no sentido do artigo 103, alínea 2, da lei fundamental é somente a lei formal como lei parlamentar (MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 18, Rn. 183 (Art. 103 II GG)). Por isso, são inadmissíveis o direito costumeiro e a analogia. Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 282, Rn. 1091, 1093, com indicação da jurisprudência do tribunal constitucional federal.

59 MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 18 ff., Rn. 184 ff. (Art. 103 II GG).

60 MAUNZ/DÜRIG (nota 33) S.14, Rn. 176 (Art. 103 II GG).

61 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 280, Rn. 1084.

62 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 281, Rn. 1085.

63 Sobre a jurisprudência do tribunal constitucional federal a respeito do artigo 103, alínea 2, da lei fundamental, ver HECK (nota 13), pp. 203 e seguintes.

64 Ver STERN (nota 5), S. 650, com indicação bibliográfica. MAUNZ/DÜRIG mencionam uma relação entre direito de personalidade, culpa, pena e artigo 101, alínea 2, da lei fundamental (nota 33), S. 6, Rn. 165 (Art. 103 II GG).

65 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 284, Rn. 1101.

66 MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 22, Rn. 301 (Art. 103 III GG).

ao direito penal administrativo. Para o direito disciplinar e o direito penal profissional, o princípio *ne bis in idem* somente pode ser deduzido do princípio do estado de direito e da proporcionalidade[67].

A prescrição do artigo 103, alínea 3, da lei fundamental vale para todos os titulares do poder estatal, não só para os tribunais e legislador, mas também para os órgãos de persecução penal (ministério público, autoridades policiais)[68].

O artigo 103, alínea 3, da lei fundamental, também serve de proteção ao direito de personalidade geral[69].

CONCLUSÃO

Os direitos do artigo 101 e 103 da lei fundamental são direitos que, de certa forma, situam-se no âmbito do direito ordinário. O fato de se acharem no campo da constituição significa que a sua violação não representa apenas uma ilegalidade, mas uma inconstitucionalidade. Além disso, o fato de serem considerados como equiparados aos direitos fundamentais dos artigos de entrada da lei fundamental tem uma conseqüência importante na sua interpretação, ou seja, eles são vistos primeiro dentro da estrutura constitucional e, com isso, estão situados imediatamente na compreensão total dos direitos fundamentais.

A elevação à constituição dos direitos analisados nos artigos 101 e 103 da lei fundamental também implica a consideração de toda a dogmática dos direitos fundamentais pelos tribunais, máxime pelos penais, a cada vez e não apenas ocasionalmente. Essa elevação serve, com isso, à consolidação dos direitos fundamentais em todo o ordenamento jurídico e, simultaneamente, ao fortalecimento da normatividade da constituição também para o particular que se encontra diante dos tribunais.

---

67 Ver PIEROTH/SCHLINK (nota 9), S. 285 f., Rn. 1107.

68 MAUNZ/DÜRIG (nota 33), S. 10, Rn. 273 (Art. 103 III GG).

69 Ver STERN (nota 5), S. 651, com indicação bibliográfica.

AUTORES VINCULADOS

Luís Afonso Heck |

MARCADORES

Artigos | Direitos fundamentais |