

RECURSO CONSTITUCIONAL POR CAUSA DE INFRAÇÃO CONTRA IGUALDADE DE ARMAS PROCESSUAL¹ NA PROMULGAÇÃO DE UMA ORDENAÇÃO CAUTELAR SEM AUDIÊNCIA ANTERIOR EXITOSO

Comunicação de imprensa n. 223/2022, de 16 de março de 2022

Decisão de 11 de janeiro de 2022 – 1 BvR 123/21

Com a decisão hoje publicada a 2. câmara do primeiro senado do tribunal constitucional federal decidiu que o tribunal de segunda instância Berlin violou a promovente do recurso em seu direito igual aos direitos fundamentais à igualdade de armas processual, segundo o artigo 3, alínea 1, em união com o artigo 20, alínea 3, lei fundamental, ao ele ter promulgado sem audiência anterior uma medida cautelar.

O procedimento que está na base concerne ao fazer valer de pretensões de omissão. O tribunal de segunda instância tinha, no procedimento de partida sem audiência anterior da promovente do recurso em uma matéria jurídico-manifestacional, promulgado uma medida cautelar. Antes da promulgação foram dirigidas várias alusões judiciais à solicitadora do procedimento de partida, em consequência das quais ela complementou sua exposição e tinha retirado, em parte, as solicitações, sem que a promovente do recurso disso tivesse conhecimento ou a ela tivesse sido concedido oportunidade para a tomada de posição. Isso viola a promovente do recurso notoriamente em seu direito igual aos direitos fundamentais da igualdade de armas processual. A infração repetida do tribunal especializado contra o mandamento da igualdade de armas em ordenações cautelares a câmara, em seguimento à decisão, de 1 de dezembro de 2021 – 1 BvR 2708/19 – (Pressemitteilung Nr. 11/2022 vom 11. Februar 2022), de novo aproveitou como ocasião para chamar a atenção sobre o efeito vinculativo jurídico das decisões do tribunal constitucional federal.

¹ A igualdade de armas processual foi situada pelo tribunal constitucional federal no âmbito da defesa dos direitos do inculcado. Ver para isso, Heck, Luís Afonso. O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, pág. 220 e seg.

Fato:

Objeto do procedimento que está na base foi o fazer valer de pretensões de omissão. Em setembro de 2020 relatou a promovente do recurso – uma editora de imprensa – em palavra e imagem sobre o festejo de um alboroque para a propriedade, situada em construção, da solicitadora proeminente do procedimento de partida (no que segue: a solicitadora). Em várias fotos podiam ser vistos ao lado da solicitadora e seu companheiro de vida a obra bruta da casa e os hóspedes na solenidade. A reportagem ocupou-se, entre outras coisas, criticamente com o modo da realização do festejo durante a pandemia-corona atual.

A solicitadora desaconselhou a promovente do recurso com respeito a determinadas partes da apresentação de relato por palavras, assim como a toda apresentação de relato fotográfico e exigiu a entrega de uma declaração de omissão penalizada com pena. A promovente do recurso recusou as pretensões feitas valer. Em outubro de 2020 a solicitadora fez no tribunal de segunda instância uma solicitação de promulgação de uma medida cautelar. A câmara de imprensa do tribunal de segunda instância deu uma alusão judicial, na qual ela manifestou objeções, somente à solicitadora e concedeu somente a ela oportunidade para a tomada de posição. Depois da réplica da solicitadora sucedeu de novo somente a ela uma alusão judicial, por conseguinte, a solicitadora retirou, em parte, a solicitação de promulgação de uma medida cautelar. O tribunal de segunda instância promulgou, ato contínuo, “por causa de imperiosidade sem procedimento oral” a medida cautelar atacada que interditou à promovente do recurso partes da apresentação de relato por palavras e fotográfico. A medida cautelar foi notificada à promovente do recurso em 7 de dezembro de 2020.

Em 8 de dezembro de 2020 os procuradores da promovente do recurso pediram ao tribunal de segunda instância envio de eventuais cartas ou notas de atas judiciais na matéria presente. Os documentos chegaram primeiro em 5 de janeiro de 2021 aos procuradores da promovente do recurso.

A promovente do recurso objetou uma violação de sua pretensão de igualdade de armas processual, assim como de seus direitos do artigo 5, alínea 1, lei fundamental.

Considerações essenciais da câmara:

A promulgação da medida cautelar pelo tribunal de segunda instância violou a promovente do recurso em seu direito igual aos direitos fundamentais à igualdade de armas processual, do artigo 3, alínea 1, em união com o artigo 20, alínea 3, lei fundamental.

1. A igualdade de armas processual está em conexão com o princípio da audiência, do artigo 103, alínea 1, lei fundamental, que é uma cunhagem particular da igualdade de armas. Como direito original processual, ordena essa em um procedimento judicial à parte contrária, fundamentalmente, antes de uma decisão conceder audiência e, com isso, a oportunidade de exercer influência sobre a decisão judicial iminente. Prescindível é uma audiência anterior somente em casos excepcionais. Uma decisão acolhedora sobre a solicitação de disposição entra, fundamentalmente, somente em consideração se a parte contrária teve a oportunidade de replicar o alegar feito valer com a solicitação e outras alegações escritas dirigidas ao tribunal. Audiência deve, especialmente, também ser concedida quando o tribunal dá ao solicitador alusões, segundo o § 139, código de processo civil, das quais a parte contrária de outra maneira não chega a saber ou primeiro depois da promulgação de uma decisão para ela desvantajosa. Um procedimento secreto unilateral por um espaço de tempo de várias semanas, no qual tribunal e solicitador trocam opiniões sobre questões jurídicas sem, em alguma forma, incluir o oponente é incompatível com os princípios do procedimento da lei fundamental.

2. Segundo esses critérios a decisão atacada viola a promovente do recurso notoriamente em seu direito igual aos direitos fundamentais da igualdade de armas processual.

Por promulgação da medida cautelar sem qualquer inclusão da promovente do recurso não estava presentemente garantida nenhuma equivalência de sua posição processual perante a adversária no procedimento. O tribunal de segunda instância comentou, no quadro de suas alusões escritas, somente perante a solicitadora sobre sua concepção jurídica provisória na matéria. A solicitadora teve, em consequência disso, oportunidade de tomar posição, complementou sua exposição e retirou, em parte, sua solicitação com vista à segunda alusão judicial. A promovente do recurso, ao contrário, chegou a saber primeiro depois da promulgação da medida cautelar agravante a ela que um procedimento estava pendente e que o tribunal tinha dado alusões. Também uma possibilidade de se manifestar sobre os outros alegar da solicitadora não foi dada a ela. Acresce agravantemente que o tribunal de segunda instância enviou à promovente do recurso somente depois de reiteradas demandas e, além disso, oito semanas depois da promulgação da medida cautelar contra ela dirigida as alusões judiciais, de modo que à promovente do recurso

primeiro a partir dessa data era conhecido o ocorrer do processo geral. Presentemente, deveria a inclusão da promovente do recurso pelo tribunal antes da promulgação da disposição manifestamente ser ordenada.

www.conhecerparareconhecer.com.br