

Mitteilungen der Deutsch - Brasilianischen Juristenvereinigung

WWW.DBJV.DE

**Heft 1 / 2009 (27. Jahrgang)
November 2009**

Inhalt

- Brennpunkte des Strafrechts in Brasilien und Deutschland –
Bericht der XXVII. Jahrestagung der DBJV
(Dr. Bernhard Lippsmeier, LL.M.).....1**
- A disciplina dos contratos de adesão no Código Civil brasileiro
(Fabiola Vianna Morais).....13**
- Meio ambiente e cultura no estado democrático de direito –
algumas digressões e reflexões
(Bruno Campos Silva).....22**
- Der Supremo Tribunal Federal als jurisdokratische Institution
(Nick Oberheiden).....33**

Impressum

Herausgeber:

Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.

Vereinsregister Nr. 8076,

Bankkonto: Deutsche Bank Essen, Nr. 1312487, BLZ 36070050

Vorstand:

Rechtsanwalt Dr. Jan Curschmann, Vorsitzender, c/o Taylor Wessing,
Hanseatic Trade Centre, Am Sandtorkai 41, 20457 Hamburg;
Rechtsanwalt Andreas Sanden, c/o Zilveti e Sanden Advogados Associados,
Av. Paulista, 1.499 – 20º andar, 01311-928 São Paulo – SP / Brasilien;
Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, 93183 Kallmünz;
Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Franz-Lenz-Str. 4, 49084 Osnabrück;
Jan Peter Schmidt, Wissenschaftlicher Referent, Lateinamerika Referat, c/o
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht,
Mittelweg 187, 20148 Hamburg

Sekretariat:

Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Franz-Lenz-Str. 4, 49084 Osnabrück
Tel.: +49 (0)541 331 1015; Fax: +49 (0) 541 685 4697; e-Mail: info@dbjv.de

Redaktion der Mitteilungen:

Dr. Bernhard Lippsmeier, LL.M.,
c/o ProCredit Holding AG, Kirschwaldstraße 19, 60435 Frankfurt am Main
e-mail: redaktion@dbjv.de

Die DBJV im Internet: **www.dbjv.de**

Die Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung ist gemeinnütziger Verein im Sinne der §§ 52 ff. AO mit dem Ziel, die bilaterale Kooperation auf juristischer und wissenschaftlicher Ebene zu fördern.

Nachdruck nur mit schriftlicher Genehmigung der Autoren und des Herausgebers.

Brennpunkte des Strafrechts in Brasilien und Deutschland

Bericht von der XXVII. Jahrestagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung

Dr. Bernhard Lippsmeier, LL.M.*

Die XXVII. Jahrestagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung (DBJV)¹ fand vom 13. bis 16. November 2008 in Köln. Tagungsort waren die Räume des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung.

Schwerpunkt der auch in diesem Jahr wieder mit überaus prominenten Referenten besetzte Tagung, die dieses Mal in Kooperation mit der Deutsch-Brasilianischen Gesellschaft veranstaltet wurde, war der Themenkomplex Strafverfolgung und Strafverteidigung in Brasilien und Deutschland. Die fachliche Ausrichtung der Tagung waren „Brennpunkte des Strafrechts in Brasilien und Deutschland“.

Beide Länder zeigen extreme Diskrepanzen in ihren jeweiligen gesellschaftlichen und kriminalpolitischen Wirklichkeit: Brasilien wird als Land und Gesellschaft mit einer sehr hohen Gefährdungslage der öffentlichen Sicherheit im alltägli-

chen Leben konfrontiert. Reaktion auf diese Realität ist ein rigoroses Sicherheitsstrafrecht, welches vornehmlich repressive Ziele verfolgt. In Deutschland hingegen ist die Gefahrenlage im Vergleich eher als gering einzustufen, so dass sich ein liberales Strafrechtssystem etabliert hat, bei dem der präventive Charakter im Vordergrund steht. Gleichwohl lassen sich auch in Deutschland Tendenzen der Veränderungen durch eine neue Sicherheitspolitik als Reaktion auf terroristische Gewalt und kriminellen Handlungsformen der Wirtschafts- und Risikogesellschaft feststellen.

In diesem Spannungsfeld präsentierten und diskutierten Wissenschaftler und Praktiker aus beiden Rechtsordnungen die unterschiedlichen Ausformungen von Strafverfolgung und Strafverteidigung sowie deren Veränderungen und aktuellen Entwicklungen.

I. Begrüßungsabend

In guter und langjähriger Tradition lud die DBJV auch in diesem Jahr wieder am Vorabend der Fachtagung zum informellen Zusammenkommen der Tagungsteilnehmer ein. Der lokale Organisator, Herr

*Der Autor ist Schriftleiter der DBJV-Mitteilungen und arbeitet als Syndikusanwalt für eine Finanzholding in Frankfurt am Main, die eine weltweit tätige Bankengruppe steuert.

¹ Sekretariat der Vereinigung: Herr Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Franz-Lenz-Str. 4, 49084 Osnabrück
E-mail: info@dbjv.de

Ralph Stock, fand mit dem traditionellen Haus Töller, welches auf eine über 600 Jahre alte Historie zurückblicken kann, die geeignete Lokalität, um in rustikal-gemütlicher Runde Freunde und Kollegen wiederzutreffen und neue Mitglieder und Tagungsteilnehmer zu begrüßen. Nicht nur zahlreichen Prominenten der deutschen Zeitgeschichte wie Konrad Adenauer, Walter Scheel oder auch Joseph Beuys haben hier bereits das ein oder andere frische Kölsch vom Fass sowie ordentliche „Rievkoochen“ und „Himmel un Äd“ genossen, sondern es mundete auch allen Anwesenden.

II. Eröffnung der Tagung

Die offizielle Eröffnung der Tagung erfolgte durch den Vorsitzenden der DBJV, Herrn *Dr. Jan Curschmann*, der dabei kurz die Relation zwischen den unterschiedlichen Strafrechtsordnungen in Brasilien und Deutschland darstellte. Im Anschluss wandte sich der Vorstandsvorsitzenden der Deutsch-Brasilianischen Gesellschaft, Herr *Dr. Uwe Kaestner*, an die Tagungsteilnehmer um die derzeitige Situation Brasiliens im wirtschaftliche, politischen und sicherheitsrelevanten Kontext zu skizzieren – Letzteres u.a. im Ausblick auf das sportlich herausragende Ereignis im Jahre 2014, der Fußballweltmeisterschaft.

III. Vorträge

1. Eröffnungsreferat

Das Eröffnungsreferat hielt Herr *Dr. Eugênio de Aragão*, procurador da República (Republikstaatsanwalt), mit dem Thema „*Öffentliche Sicherheit und Strafverfolgung in Brasilien – segurança pública e perseguição criminal do Brasil*“. Dr. Eugênio de Aragão gab dabei eine schonungslose und offene Analyse der Situation der öffentlichen Sicherheit und der Strafverfolgung in Brasilien.

Zunächst skizzierte er Ursachen und Herkunft der Bedrohung der öffentlichen Sicherheit, um dann auf strafrechtliche Aspekte zu sprechen zu kommen. Der Referent zeigt dabei Unterscheide zwischen den Entwicklungen in den Städten und den ländlichen Gebieten Brasiliens auf: In den Städten herrscht, seinen Ausführungen nach, häufig organisierte Bandenkriminalität, die u.a. ihre Ursache in der Zusammenlegung von politischen Gefangenen und normalen Alltagskriminellen in den Gefängnissen der Städte hat. Eine solche Durchmischung führte zur Organisierung und professionellen Bandengründung. Der Staat reagierte auf diese Entwicklung mit Stärke und Repression, einschließlich hoher Todesraten. Exzesse dieser Entwicklung waren die sog. „Riots“ aus dem Jahre 2006, die zu massiven Gewalttätigkeiten gegenüber öffentlichen Einrichtungen, zahlreichen zivile Opfern und erheblichen Schäden als auch Beeinträchtigungen des öffentlichen Lebens führten. Allerdings sei eine

gewisse Gleichgültigkeit in der medialen Berichterstattung hinsichtlich der Sicherheitsthematik und der staatlichen Reaktion zu beobachten. Außerdem sei im Ergebnis immer wieder ein scheinbar ungerechter Umgang mit Angeklagten der sog. privilegierten Klassen zu beobachten. Hauptursache seien die in milden Strafen – oder sie werden als solche von der breiten Bevölkerung zumindest wahrgenommen, insbesondere bei Wirtschaftsstraftaten (sog. „white collar crime“).

Die Kriminalität im ländlichen Bereich findet nach Aussage des Vortragenden hingegen seinen Ursprung in der ungerechten Verteilung des Grundbesitzes. Immer wieder kommt es bei Konflikte zu Gewaltexzessen. So seien immer wieder Morde im Zusammenhang von Expansionen im landwirtschaftlichen Bereich, vornehmlich zu Lasten der indigen Bevölkerung, durch sog. „Pistoleiros“ zu verzeichnen, die von Großgrundbesitzern angeheuert werden.

Bei seinen Ausführungen zum Strafrecht und seiner Anwendung machte Herr de Aragão deutlich, dass grundsätzlich in Brasilien die strafrechtliche Prävention vollkommen aufgegeben wurde. Vielmehr handele es sich bei dem gültigen Strafrecht um ein rein repressives Mittel. Gleichwohl dürfte es, wenn es schon als solches so angewandt wird, nicht zu milde gegenüber den privilegierten Bevölkerungsschichten, aber auch nicht zu hart in Bezug auf die Unterprivilegierten der brasilianischen Gesellschaft eingesetzt werden. Die Ge-

setze seien grundsätzlich annehmbar, unannehmbar seien hingegen die großen richterlichen Spielräume. Diese Spielräume würden sodann auch noch von Richtern ausgefüllt, die häufig lediglich macht- und positionserhaltend denken oder sogar zusätzlich noch schlecht ausgebildet seien.

Herr Aragão schloss seinen Vortrag mit dem dringenden Appell: Um eine Änderung der aktuellen Situation herbeizuführen, müsse es dringend zu einer Änderung der Strafrechtspolitik kommen. Im Ergebnis müsse es zu einer Ernstnahme der Opfer, aber auch gleichzeitig zur Reintegration der Täter.

2. Vortrag: Verfassungsrecht und Prävention

Im Anschluss, sprach Herr *Prof. Dr. Erhard Denninger* zu dem Thema *„Freiheit durch Sicherheit? Verfassungsrechtliche Grenzen moderner elektronischer Präventionsmaßnahmen – Liberdade mediante segurança? A problemática jurídica constitucional da vigilância policial de sistemas eletrônicos“*.

Herr Prof. Denninger zeigte dem Auditorium in gewohnt hoher dogmatischer Präzision und wohl akzentuierter kritischer Analyse, dass es notwendig ist in der Diskussion über Sicherheit und Freiheit bzw. Prävention und Sicherheit diejenigen Elemente des freiheitlichen Rechtsstaates zu identifizieren, die absolut unverzichtbar sind.

Bevor er sich bei seiner Betrachtung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinandersetzte, betrachtete er die europäische Dimension der Diskussion. Dabei stellte er zunächst fest, dass Freiheit und Sicherheit auf europäischer Ebene miteinander verwoben und in einem objektivrechtlich formulierten Rechtsrahmen eingebettet sind. Nach Art. 2, 4. Spiegelstrich des Europäischen Unionsvertrags ist eines der Ziele die Erhaltung und Weiterentwicklung der Union "als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem in Verbindung mit geeigneten Mitteln in Bezug auf [...] die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität [...] gewährleistet wird". Auch spricht die im Dezember 2000 verkündete europäische Charta davon, dass "jede Person das Recht auf Freiheit und Sicherheit hat" (Art. 6 EU-Ch). Allerdings stellte sich dem Vortragenden die entscheidende Frage wie sich den der normative Gehalt eines solchen "Grundrechts auf Sicherheit" ausreichend bestimmen liesse – und darüber hinaus: mit welchen Mitteln dieses denn geschehen könne. Schon hier identifiziert Herr Denninger präzise die Gefahr des Wandels von der Gefahrenabwehr zur dogmatisch nicht mehr greifbaren Prävention und Risikovorsorge.

Bevor er sich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts näherte, skizzierte er die Grundlagen des Präventionsgedankens und deren Wandlung durch Entwicklung der organisierten Kriminalität und des internationalen Terrorismus. Hierbei zielte er insbesondere auf

die Aufgabenbestimmung und –erweiterung der Sicherheitsbehörde ab. Ausgangspunkt dabei sei, dem Vortragenden zu Folge, stets das Bestehen einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, um präventiv tätig zu werden.

Sodann zeigte Professor Denninger die Entwicklung der Freiheit des einzelnen gegenüber dem Staat auf, die von der im Strafrecht verankerten und als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannte Unschuldsvermutung geprägt ist. Der Bürger, der weder einer Straftat verdächtig ist, noch für eine bestimmte Gefahr verantwortlich ist, muss darauf vertrauen können, in Sicherheit vor dem Staat seine Rechtsgüter zu genießen und seine Persönlichkeit frei und selbstverantwortlich zu entfalten. Dieser Freiheitsraum dürfe von der öffentlichen Gewalt nur nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden. Doch bekommt diese klare Struktur nach Ansicht des Vortragenden entscheidende Risse, wenn Sicherheit etwa als „Staatszweck“ oder „Abwägungstopos“ auf den Plan tritt.

Es bestehe die ernste Gefahr, dass die Grundrechte des Bürgers nicht mehr als Freiheits- und Abwehrrechte gegen staatliche Angriffe angesehen werden, sondern vielmehr als primäre Schutzpflichten und somit als Eingriffsermächtigungen. Dieses unterstreicht das Bundesverfassungsgericht, nach Ansicht des Vortragenden, in höchst interpretationsfähiger Weise, indem es die Sicherheit des

Staates als eines der höchstrangigen und unverzichtbaren Verfassungswerte sieht und hiervon seine eigene letzte Rechtfertigung herleitet. Festzustellen sei jedoch, dass dies entgegen der sonst ständigen Rechtssprechung steht – zuletzt im Urteil zum „Großen Lauschangriff“ –, in der die freie menschliche Persönlichkeit und ihre Würde als höchster Rechtswert beschrieben wird. Nach Ansicht von Herrn Denninger führen sich anschließende Aussagen wie „Ohne Sicherheit keine Freiheit“ zu keinem fruchtbaren Ergebnis – und sogar zu falschen Folgerungen wie „Je mehr Sicherheit, desto mehr Freiheit“. Insbesondere Maßnahme im polizeirechtlichen Vorfeld-Bereich und als „vorbeugende Bekämpfung von Straftaten“ benannt, von Herrn Denninger Bereich der „Prävention II“ tituliert, böten in dieser Diskussion Probleme – denn einerseits fordern die Gerichte die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit, welche vom Gesetzgeber neu justiert werden dürfen. Andererseits dürfen die Gewichtungen jedoch nicht grundlegend verschoben werden. Es stelle sich somit die dringende Frage, Herrn Denninger folgend, ob es konstitutive Elemente des Rechtsstaatsprinzips im Bereich der Prävention II gibt, die zu beachten sind, um der im Grundgesetz verankerte freiheitliche Staat nicht seine Substanz verliert.

Im Ergebnis bejaht der Vortragende diese Frage. Hierzu analysierte er wichtige Entscheidungen aus der jüngeren Vergangenheit. So spannte er den Bogen von den Entscheidungen zum Großen Lauschangriff,

über den Abschuss von entführten Flugzeugen und präventivpolizeilicher Rasterfahndung bis zur Online-Durchsuchung. Er lenkte die Aufmerksamkeit des Publikums dabei insbesondere auf Anerkennung absoluter Grenzen rechtlich zulässiger Eingriffsmöglichkeiten, die das Bundesverfassungsgericht in den Urteilen zum Großen Lauschangriff und jüngst zur Online-Durchsuchung bestätigt hat. Somit schloss er hoffnungsvoll, dass trotz erheblicher Bedrohungslagen die Gerichte den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, indem sich eine Ordnung der Freiheit verwirklichen muss, bekräftigen und nicht zu einer absolut sicherheitsorientierten Weltgewaltsordnung tendieren.

3. Vortrag: Strafrecht in Deutschland

Nach den verfassungsrechtlichen Betrachtungen des Themas „Strafrecht“ folgte ein aktueller Abriss über das Strafrecht aus der Sicht der Ermittlungsbehörden von Herrn *Thomas Janovsky*, leitender Oberstaatsanwalt aus Bayreuth: *“Schwerpunkte der Strafverfolgung – Focos da perseguição criminal na Alemanha”*.

Herr Janovsky führte die Zuhörer in gekonnter und erfrischender Handfestigkeit zur praktischen Realität der Strafverfolgung sowie deren Problemen und Schwierigkeiten. Dabei begann er zunächst mit Zahlen der polizeilichen Kriminalstatistik und Justizstatistik, um ein theoretisches Grundgerüst für sei-

nen weiteren Vortrag zu setzen. Gleichwohl er dabei auch unumwunden auf die Beschränktheit solcher Zahlen zu sprechen kam: So besteht etwa der Nachteil der polizeilichen Kriminalstatistik darin, dass zwar die bekannt gewordenen Kriminaldelikte erfasst sind, jedoch keine Aussage getroffen werde, ob diese auch letztlich zu einer Verurteilung führen. Trotz allem könne man aber auf die Publikationen des statistischen Bundesamtes verweisen, wonach es im Jahre 2008 5 Mio. polizeilich registrierte Fälle gab, bei denen es in 41.000 Fällen zu Verurteilungen zu Freiheitsstrafen ohne Bewährung kam.

Nach dieser kurzen statistischen Einführung in die Erfassung von Straftaten kam Herr Janovsky auf den Kern seiner Tätigkeit zu sprechen – der praktischen Arbeit der Strafverfolgungsbehörden in Deutschland. Hierbei skizzierte er zahlreiche aktuelle und teilweise in der Öffentlichkeit auch kontrovers diskutierte Themen. Hierbei spannte er den Bogen von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung über Delikte wie Schleuserkriminalität und Menschenhandel bis hin zur Wirtschaftskriminalität. Diesen Umriss füllt er gekonnt mit Informationen und Hintergründen sowie Problemen der täglichen Ermittlungsarbeit.

So sprach er etwa im Kontext der Sexualdelikte das Problem der Nachprüfbarkeit der angezeigten Delikte an, insbesondere ob Vergewaltigungen oder Kindesmissbrauch auch tatsächlich stattgefunden haben oder ob es lediglich Behaup-

tungen sind, die zur Stigmatisierung und Ächtung der Beschuldigten führen. Ebenso umriss er die Problematik des sog. “High Risk Management” – den Umgang mit verurteilten Sexualstraftätern und damit einhergehend das verfassungsrechtlich hoch diskutierte Thema der Sicherheitsverwahrung.

Für den Bereich der Schleuserkriminalität und Menschenhandel gab der Vortragende einen praktischen Einblick in die Komplexität dieser Deliktsbereiche, aber auch der Schwierigkeiten der Ermittlungsarbeiten. Insbesondere basieren diese Probleme auf der fortschreitenden Entwicklung der Technik wie etwa Mobiltelefone und Internet, die es den Behörden die Überwachung und die Beweisführung erheblich erschweren. Auch ist die Internationalisierung der Delikte und Handelnden und somit der gleichzeitigen nationalen Begrenzung der Ermittlungsarbeit ein nicht unerheblicher Grund für Schwierigkeiten bei der Ermittlung. Nicht nur die genannten Deliktsgruppen zeugen davon, sondern ebenso bei der Bekämpfung von internationalen Wirtschaftsstraftaten, Terrorismus oder organisierter Kriminalität wie die Mafia sind die nationalen Grenzen häufig praktisch (fast) unüberwindbare Hindernisse. Insbesondere gilt dies, wenn es wie in vielen Fällen um schnelles Handeln und Beweissicherung geht. Ein Rechtshilfeersuchen an die Behörden eines ausländischen Staates ist in der Regel, nach Ansicht des Vortragenden, nur mit sehr viel Zeitaufwand zu erreichen. Zeit, die in der Praxis meist

sehr wertvoll ist und somit schnell verloren wird.

Abschließend kam Herr Janovsky auf die in der Öffentlichkeit oft umstritten diskutierten Bereiche, welche besonders die virtuellen Komponenten der heutigen Delikte und der damit angrenzenden Schwierigkeiten der Ermittlungsarbeit deutlich machen: Online-Durchsuchungen, Nachweisbarkeit von Korruption oder der Strafbarkeit im Vorfeld im Bereich des Terrorismus.

4.Vortrag: Strafrechtliche Verteidigung in Deutschland

Den ersten Tagungstag beschloss Herr *Jürgen Taschke*, Rechtsanwalt und Partner bei Clifford Chance. Er referierte über die „*Schwerpunkte der Verteidigung von Unternehmen im Wirtschaftsstrafrecht. Focos da defesa criminal de empresas no Direito Econômico.*“

Zunächst blickte Herr Taschke in die Vergangenheit und skizzierte die bekannten und juristisch umstrittenen Verfahren wie „Contergan“ und „Lederspray“. Im Vordergrund standen hier Fragen um die Kausalität von Handlung und Schaden sowie der Zurechenbarkeit. Hierbei stellte er heraus, dass in diesen Strafprozessen die produzierenden Unternehmen selbst funktional bedeutungslos waren und nicht in den Strafprozess unmittelbar einbezogen wurden. Vielmehr standen individuelle Personen im Mittelpunkt, so dass auch die Strafver-

teidigung eine Individualverteidigung war. Im Vordergrund standen Fragen um die Kausalität von Handlung und Schaden sowie der Zurechenbarkeit.

Nach Meinung von Herrn Taschke waren hierfür Grund insbesondere der Vollzugsdefizit von Sanktionen gegen Unternehmen, aber auch die zu diesem Zeitpunkt bestehende fehlende gesetzliche Strafbarkeit in bestimmten Bereichen. Allerdings fand, seiner Ansicht nach, Schritt für Schritt ein Paradigmenwechsel statt, so dass der Strafrechtler auch zum Verteidiger in Ermittlungs- und Strafverfahren wurde und die Rolle in dieser Hinsicht bestärkt wurde.

Gründe hierfür waren seiner Ansicht nach u.a., die vermehrte Beteiligung ausländischer Unternehmen, namentlich US- Gesellschaften, an Unternehmen in Deutschland. Somit wirkte sich die Erfahrung mit den eigenen strafrechtlichen Ermittlungsbehörden und deren weitgehenden Kompetenzen sowie des dortigen Unternehmensstrafrechts unmittelbar auch auf Deutschland prägend aus. Außerdem seien auch die vermehrten komplexe Ermittlungsverfahren gegen Unternehmen, die eine eigenständige strafrechtliche Beratung notwendig machten als Grund auszumachen. Insbesondere auch aus dem Grund, weil die Interessen von individuell strafverfolgten Personen wie Geschäftsführern oder Vorständen und Unternehmen in der Regel nicht gleich seien. Die erste Gruppe dränge, nach Meinung von Herrn Taschke, meist auf eine grundsätz-

liche Klärung des Sachverhalts, letztere auf ein schnelles Ende des Verfahrens.

Sodann sprach Herr Taschke kurz die Tätigkeitsfelder eines Strafverteidigers eines Unternehmens an, wobei hier insbesondere die Sachverhaltsaufklärung und Koordination der Verteidigung nach außen und der unterschiedlichen beteiligten Abteilungen im Unternehmen herausgestellt wurden.

Abschließend zeigt der Vortragende aktuelle Entwicklungen im Bereich des Unternehmensstrafrecht auf. Hierbei skizzierte er das Siemensverfahren und dessen Bedeutung für die Strafverteidigung. Dabei kam es vornehmlich durch die Beteiligung der US-amerikanischen Wertpapieraufsichtsbehörde SEC (Securities and Exchange Commission), die aufgrund des Börsenlistings von Siemens in den USA, in diesem Verfahren ermittelte, zu einem Paradigmenwechsel. Nunmehr spiele die Kooperation mit der Staatsanwalt bereits während des Ermittlungsverfahrens eine besondere Rolle in der Praxis der Unternehmensstrafverteidigers. Auch stünden in jüngster Zeit die Mitwirkungspflichten von Mitarbeitern eines Unternehmens – im Gegenpol zu den strafprozessualen Schweigerechten - sowie die Äußerungspflichten im Blickfeld der Praxis. Im gleichen Licht präsentieren sich die bestehenden Äußerungspflichten des Managements sowie die gesellschaftsrechtlichen Informationspflichten.

5. Vortrag:

Strafrechtliche Verteidigung in Brasilien

Der Vortrag von Herrn *Dr. Leônidas Scholz* aus São Paulo – „*Desafios da advocacia criminal no Brasil. Herausforderungen der Strafverteidigung in Brasilien*“ musste leider kurzfristig abgesagt werden. Allerdings wird dieser Vortrag – so wie auch alle anderen hier kurz beschriebene Vorträge – vollständig in dem kommenden Band der Schriftenreihe der Vereinigung zur Jahrestagung erscheinen.

6. Vortrag: Sicherheit durch Strafrecht

Im Anschluss trat Herr *Prof. Dr. Dr. Winfried Hassemer*, emeritierter Professor des Instituts für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main, sowie Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts a.D., an das Rednerpult, um über *Sicherheit durch Strafrecht – Segurança pública mediante do Direito Penal*“ zu referieren.

In seiner Vorbemerkung zeigt Herr Hassemer zunächst die aktuellen sicherheitsrelevanten Themen wie Einsatz von Tornados in Afghanistan oder auch heimliche Online-Durchsuchungen auf, um so deutlich zu machen, dass sich im Strafrecht die Entwicklung von Freiheit und Sicherheit getreulich abbilden lasse. Seiner Ansicht nach, verlängern sich die Ängste und Bedrohungen der Gesellschaft

in strafrechtliche Verbote und Kontrollinstrumente.

Diesen Ausgangspunkt untermauerte der Vortragende mit einem Abriss über die faktische Entwicklung von der Freiheit zur Sicherheit, die sich seit den 1980er Jahren beobachten lässt. Seiner Ansicht, bewege sich das Strafrecht in Richtung Gefahrenabwehrrecht, das die Herstellung und Bewahrung von Sicherheit zum unmittelbaren Ziel hat. Konsequenz sei, dass das Strafrecht in allen seinen Teilen verändert wird. In den Vordergrund geraten Effizienz, Ökonomie und Sicherheit und die traditionellen Garantien des Strafrechts, seine Eingriffsschranken und die Eigenschaften wie Personalität, Schutz und Schonung würden zurückgedrängt. Die größte Gefahr ist nach Hassemer, dass die Gefahr besteht, das Maß verloren geht und so nicht mehr ein folgenorientiertes Strafrecht besteht, sondern es sich als präventives Instrument definiert.

Sodann beschrieb der Vortragende im Einzelnen wie sich das materielle Strafrecht unter beschriebenen Gesichtspunkten verändert hat: Das Strafrecht schränke die Handlungsspielräume der Bürger immer weiter ein, indem bestehende Verbote verschärft oder neue Verbote oder strengere Strafandrohungen eingeführt werden. Als Beispiele sei hierbei insbesondere das Feld des Terrorismus, aber auch des Wirtschaftsstrafrechts und Umweltschutzes zu nennen. Darüber hinaus bedient sich der Gesetzgeber auch verstärkt der tatbestandlichen Schutztechnik des abstrakten Ge-

fährungsdelikts. Hierbei genügt, dass der Täter sich einer gefährlichen Handlung schuldig macht. Eine Verletzung muss nicht eintreten. Diese Deliktsklasse sein, nach Ansicht des Vortragenden, im deutschen Strafrecht nicht neu, aber ihre Häufung ist bedenklich, da dadurch Handlungen nachdrücklich kriminalisiert würden und das Feld der Strafrechtsanwendung stark erweitert wird. Stete Konsequenz sei, dass dem Strafrichter der Tatnachweis erleichtert und dem Beschuldigten seine Verteidigung erschwert wird. Außerdem verstärke sich die Neigung des modernen Strafgesetzgebers, vage Rechtsgüter zu formulieren, die nicht mehr am individuellen Interesse einer Person ausgerichtet sind. Es würden vage Universalrechtsgüter wie etwa die Wahrung der Volksgesundheit oder der Schutz des Kapitalmarktes formuliert.

Daneben sieht Prof. Hassemer aber auch eine Veränderung des formellen Strafrechts. Insbesondere haben sich Methoden und gesetzliche Grundlagen des Ermittlungsverfahrens und dessen Instrumente verändert. So haben sog. „heimliche Ermittlungen“ zugenommen, die der Entwicklung der modernen Kommunikationstechnologie geschuldet seien. In diesem Lichte müsse auch die wachsende Erstreckung der Ermittlung auf Dritte gesehen werden. Verdeckte Ermittler, Telefonüberwachung oder die Rasterfahndung umfassen zwangsläufig auch immer Unbeteiligte. Auch sind Vorfeldermittlungen und Datenaustausch zwischen Polizei und anderen informationssammelnden Institutio-

nen zu betrachten. Wichtiger Aspekt stellt dabei immer der Datenschutz dar. Dieser werde, nach Ansicht des Vortragenden, allerdings heutzutage vor allem als Verhinderer effizienter Ermittlungstätigkeit angesehen – nicht nur von Staatsanwaltschaft und Polizei, sondern auch in der allgemeinen gesellschaftlichen Wahrnehmung. Diesen Bedeutungsverlust des Datenschutzes sieht der Vortragende als besonderes markantes Anzeichen der allgemeinen Abwendung von Konzepten der Freiheit und hin zum Konzept der Sicherheit. Schließlich sei ebenso der sog. „Deal“ bzw. die „Absprache“ ein deutlicher Indikator für den Niedergang der Kultur des Strafverfahrens.

Im Anschluss hieran kam Herr Hassemer auf einzelne Hintergründe dieser Entwicklung zu sprechen. Zum einen sieht er als Ursache die heutige Gesellschaft, die er als Risikogesellschaft kategorisiert, in der sich die Menschen immer größeren Bedrohungsszenarien wie Krieg, Epidemien, Naturkatastrophen ausgesetzt sehen und die damit einhergehende Unsicherheit und Desorientierung der Menschen. Ebenso habe sich der verfassungsrechtliche Diskurs fundamental gewandelt. Es stünden sich nicht mehr der freiheitsbedrohende Staat und der seine Freiheit verteidigende Bürger gegenüber. Die Rolle des Staates habe sich vielmehr dahingehend verschoben, dass er nun als Partner der Gesellschaft, die durch Risikoangst beeinflusst ist, als Garant für Sicherheit angesehen wird. Als Mittel setze der Staat das Straf-

recht ein, um der „gefühlten“ Bedrohung der Bevölkerung Herr zu werden. Dadurch werden die altbekannten Konzepte von Personalität, Schutz und Schonung gegenüber einem effektiven Sicherheitsanspruchs in den Hintergrund gedrängt. Ergebnis sei ein Gefahrenabwehrrecht, welches die Sicherheit im Fokus habe. Dieser liegt nach Hassemer allerdings auf die Ermittlung und Absicherung der Wahrheit. Sicherheit könne, seiner Ansicht nach, nicht Ziel, sondern bestenfalls Folge des Strafrechts sein.

Herr Prof. Hassemer schloss seinen als starkes Plädoyer für einen Kampf um die menschenfreundliche Tradition des Strafrechts anzusehenden Vortrag mit der Mahnung, dass das Strafrecht ein unverzichtbarer Teil normativer gesellschaftlicher Orientierung sei. Durch symbolische Gesetzgebung, die kurzfristig im jeweils aktuellen sicherheitspolitischen Interesse handelt, sei es jedoch in seiner Bedeutung und verfassungsrechtlichen Tradition gefährdet. Es bedarf vielmehr eines rationalen Diskurses, um die Freiheit auch in einer Risikogesellschaft zu bewahren.

7. Vortrag: Die Militärgerichtsbarkeit in Brasilien

Zum Abschluss der diesjährigen Tagung der DBJV trug Frau *Dr. Zilah Fadual Petersen*, Richterin am Militärgericht, über ein Thema, dass in Deutschland kein Äquivalent hat: *„Direito Penal e Justiça Militar no Brasil/ Strafrecht und*

Militärgerichtsbarkeit in Brasilien“.

Zum Beginn Ihres Vortrags ging Frau Petersen auf die historischen Ursprünge der Militärgerichtsbarkeit in Brasilien ein. Hierbei spielte, nach Ansicht der Vortragenden, die grundlegende Rolle die plötzliche Flucht der portugiesischen Königsfamilie in die (damalige) Kolonie Brasiliens, nachdem Portugal 1807 von den napoleonischen Truppen Frankreichs besetzt wurde. In dieser Zeit wurden in Brasilien grundlegende administrative Strukturen geschaffen, um die Regierungsgeschäfte aus Brasilien heraus zu gewährleisten. Hierzu gehörte auch zum 1. April 1808 die gesetzliche Grundlage für eine spezielle Gerichtsbarkeit für Militärdelikte. Eine verfassungsrechtliche Verankerung ließ allerdings fast 90 Jahre auf sich warten. Erst nach Überwindung der Monarchie und Implementierung des föderativen Staates Brasiliens wurde die Militärgerichtsbarkeit zum 24. Februar 1891 in die brasilianische Verfassung verankert. Des Weiteren skizzierte die Vortragende die verschiedenen Schritte der Veränderungen. Besondere Bedeutung hatte die Implementierung dieser Gerichtsbarkeit in die Judikative und darüber hinaus auch die Erstreckung – unter bestimmten Umständen – auf Zivilpersonen im Jahre 1934, sowie die Konsolidierung der Militärgerichtsbarkeit während der Militärdiktatur des „Estado Novo“ und die damit einhergehende Änderungen des materiellen Militärstrafgesetzbuches und der entsprechenden Prozess-

ordnung, welche noch heute in Kraft sind.

Anschließend beschrieb Frau Petersen die Besonderheiten der Militärgerichtsbarkeit und der verbundenen materiellen Gesetze, die als „lex specialis“ gegenüber den normalen strafgesetzlichen Normen gelten. Dabei stellte sie den Aufbau und die Zusammensetzung der Gerichte vor sowie die Struktur der Gesetze.

Sodann leitete die Vortragende die Aufmerksamkeit des Publikums auf das konflikträchtige Spannungsfeld zwischen grundlegende verfassungsmäßig garantierten Individualrechten und den spezialrechtlichen Eingriffen der Militärgesetzen, die auch von der Zeit besonderer politischen Repression geprägt sind. Hierbei diskutierte sie mit hohem Detailgrad insbesondere die Möglichkeit der provisorischen Freiheitsbeeinträchtigung des Deserteurs und des Befehlsverweigerers. Außerdem analysierte sie die Themen Haft ohne richterliche Anordnung bei Verstößen militärischer Art und das Verbot der Anerkennung des „*Habeas Corpus*“-Prinzips bei Haft infolge von Fällen militärischen Disziplinarmaßnahmen.

Im Ergebnis zeigt sich, nach Frau Petersen, dass die aktuelle Verfassung Brasiliens, eingeführt im Jahre 1988 und wegen der Berücksichtigung und Garantie des großen Spektrums fundamentaler Rechte als „*Constituição Cidadã*“ bezeichnet, ein wenig ihres Glanzes verliert, wenn im Bereich von militärischen Delikten und Disziplinar-

maßnahmen verfassungsmäßig garantierte Individualrechte eingeschränkt werden. Der Vortragenden zu Folge, bedürfe es schon einer sehr weiten Auslegung der Verfassung, um sich einer Legitimation solcher Ausnahmen herzuleiten. Selbst danach zeige es sich aber als überaus schwierig, eine Antwort bzw. juristischen Grund für eine solche Privilegierung zu finden.

IV. Abendveranstaltungen und Abschluss der Tagung

Auch in diesem Jahr konnten die Teilnehmer der Tagung der DBJV nicht nur qualitativ hervorragende Referate hören und an den jeweils anschließenden ausgiebigen Diskussionen teilhaben, sondern auch an gelungenen Abendveranstaltungen beiwohnen. Die erste Abendveranstaltung fand im Restaurant „Hammerstein's“ statt, einer der Kölner Top-Adressen im trendigen Friesenviertel. Bei leichten mediterraner Küche in stilvoll moderner Umgebung konnten viele alte und neue Kontakte geknüpft werden. In den nahe gelegenen Kölschkneipensetzen der ein oder andere den deutsch-brasilianischen Wissensaustausch fort.

Die festliche Abschlussveranstaltung fand in der historischen Hah-

nentorburg im Herzen Kölns statt. Als Heimat der Karnevalsgesellschaft „Ehrengarde der Stadt Köln 1902 e.V.“ bot es den gebührenden Rahmen in der Karnevalshochburg Köln. Im Anschluss an das Dessert sorgte das DBJV-Mitglied Werner Dresen und seine Band für die richtige Musik und auf der Tanzfläche für ausgelassene Stimmung und karnavaleske Atmosphäre, die der Rio de Janeiro in nichts nachstand.

Es zeigte sich somit ein wiederholtes Mal, dass die Tagungen der DBJV sich nicht nur fachlich auf hohem Niveau bewegen, sondern auch die notwendigen festiven abendlichen Veranstaltungen fester und von allen Teilnehmern mit Freude erwarteter Bestandteil ist.

Die diesjährige Tagung fand ihren endgültigen Abschluss in der sonntäglichen Mitgliederversammlung in den Kanzleiräumen von Stock & Friedrich.

Ganz besonderen Dank dem lokalen Organisator, Herrn *Ralph Stock*. Außerdem sei allen übrigen fleißigen Helfern gedankt, ohne die eine solche Veranstaltung nicht durchgeführt werden kann.\\

A disciplina dos contratos de adesão no Código Civil brasileiro

Fabíola Vianna Morais *

Introdução

O Código Civil brasileiro vigente, promulgado em 2002¹, diversamente do Código revogado², passou a contemplar regras sobre os contratos de adesão.

Após a redação do Anteprojeto de Código Civil, em maio de 1972³, que não previa normas sobre os contratos de adesão, decidiu-se incluí-las, “visando a garantir o aderente perante o ofertante, dotado de

vantagens que sua posição superior lhe propicia”.⁴

O Código anterior, de 1916⁵, elaborado, entretanto, no século XIX⁶, inspirou-se nos princípios filosóficos e econômicos do Liberalismo⁷,

* A autora é advogada e professora assistente no Brasil, mestre e doutoranda em Ciências Jurídico-Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Vgl. zu diesem Thema auch schon:

Stüssi-Neves, Gustavo, *Condições Gerais dos Contratos no Direito Brasileiro*, in: Rathjen, Arne (Hg.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutz in Deutschland und Brasilien*, Frankfurt a.M. 1998 (Schriften der DBJV Band 26), 25-47; und Leite, Vivian Elisabeth Manasse Teixeira, *General terms and conditions of trade in Brazil*, DBJV-Mitt. 3/1988, 11-25

¹ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002 e em vigor desde 11 de janeiro de 2003.

² Sobre a revogação expressa do Código Civil de 1916, vide art. 2.045 do Código Civil atual.

³ Cujá Comissão Elaboradora e Revisora, criada em 1969, foi composta por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clovis de Couto e Silva e Torquato Castro. Os trabalhos de reforma do Código Civil visavam adapta-lo à nova realidade social.

⁴ Conforme a Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Miguel Reale, em 16 de janeiro de 1975, referente à Parte Especial, Livro I, Do Direito das Obrigações, ponto nº 22, g.

⁵ Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Em vigor a partir de 1º de janeiro de 1917.

⁶ A Constituição do Império, de 1824, em seu art. 179, XVIII, determinou “Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.” (CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. Atlas: São Paulo, 1999, p. 833). Augusto Teixeira de Freitas iniciou os trabalhos de codificação do direito civil, encarregando-se em 1855 de consolidar a legislação civil existente no Brasil e depois de redigir o Código Civil. Teixeira de Freitas fez a Consolidação das Leis Cíveis e o Esboço de Projeto do Código Civil e não obstante não tenha sido esta última obra transformada em lei, constitui, comungando das palavras de Francisco Amaral, uma das maiores glórias da cultura jurídica nacional e estrangeira (AMARAL, Francisco. *Direito Civil-Introdução*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, pp.127-8), porque seu Esboço influenciou vários Códigos Cíveis na América Latina. Posteriormente alguns projetos de Código Civil foram submetidos à aprovação sem êxito. Mas foi em 1899 que Clóvis Beviláqua concluiu o projeto e o submeteu ao Congresso Nacional, culminando com a promulgação do Código Civil de 1916.

⁷ “O Estado se reduzia a um mínimo, o necessário à manutenção da ordem.” (Conforme SALDANHA, Nelson. *O que é o Liberalismo*. In *Estado de Direito, liberdades e garantias (estudos de direito público e teoria política)*. Sugestões Literárias: São Paulo, 1980, pp. 89-91, *apud* AZEVEDO, Paulo Faraco

era um Código eminentemente voltado para o campo, período em que ainda predominava a população rural.

A industrialização brasileira teve como marco a Segunda Guerra Mundial, quando então se associa o movimento de migração para as cidades, correspondente à urbanização⁸. A partir deste momento começaram a surgir leis visando regulamentar a nova realidade social.

O desenvolvimento da industrialização tem o seu ápice com a economia de massa, massificação da produção e do consumo. Como conseqüência, massificam-se as relações

de. Direito, Justiça Social e Neoliberalismo. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999, p. 79).

⁸ Explica Ricardo Lira que "... já a partir dos anos 30, sob a influência, a meu ver, sociopolítica do tenentismo, no início dos anos 40 brotou o embrião primeiro de industrialização que começou a firmar-se com o aporte norte-americano que o Presidente Getúlio Vargas conseguiu, como uma contraprestação para a cessão, no Nordeste, dos espaços necessários à implantação das bases aéreas, para que os aviões norte-americanos, naquele tempo com autonomia muito relativa, pudessem alcançar Dakar, na África, para auxiliar o grande General britânico Montgomery na sua luta contra o não menos dotado General Von Rommel. Essa cessão do espaço para as bases militares é que ensejou a obtenção dos recursos financeiros necessários à constituição da Companhia Siderúrgica Nacional e à operação da usina de Volta Redonda. Assim, o então Presidente Getúlio Vargas negociou a entrada do Brasil na Segunda Grande Guerra, e dessa forma marcou também o início da industrialização brasileira, que veio a consolidar-se com o Plano de Metas do Presidente Juscelino Kubitschek, nos anos 50." (LIRA, Ricardo César Pereira. Alguns Aspectos do Direito das Obrigações no Novo Código Civil. In EMERJ debate o Novo Código Civil. Revista da EMERJ. Parte I. Fevereiro a Julho de 2002. EMERJ, 2003, p.116).

⁹ Assim por exemplo a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, e o Estatuto da Mulher Casada, de 1962.

contratuais e paulatinamente os contratos deixam de ser individualmente negociados e passam a ser estabelecidos previa e unilateralmente.

Inicialmente isso se instaura por grupos que representam uma mesma atividade empresarial com o objetivo de facilitar a contratação e diminuir os custos nela envolvidos. Para alcançar tal fim, os empresários se utilizam dos contratos de adesão.

1. Os contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor

A primeira lei brasileira, entretanto, a enfrentar o problema é o Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90¹⁰, que especialmente nos seus artigos 46 a 54 cuida da proteção contratual e define o contrato de adesão como "aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo"¹¹.

O âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor é, nos termos dos seus artigos 2º e 3º, as

¹⁰ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Em vigor no Brasil desde 11 de março de 1991. Esta lei decorre de exigência constitucional, conforme art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no sentido de se elaborar um código de defesa do consumidor; art. 5º, XXXII, como direito fundamental e art. 170, V, como um dos princípios gerais da atividade econômica, todos da Constituição Federal, promulgada em 1988.

¹¹ Art. 54 da Lei 8.078/90.

relações jurídicas estabelecidas entre fornecedor e destinatário final (fático e econômico)¹², seja pessoa física ou jurídica, de produto ou serviço, ainda que o conceito se estenda a pessoas que hajam intervindo na relação de consumo, por força do parágrafo único do art. 2º.¹³

Contudo o Superior Tribunal de Justiça ampliou o conceito de consumidor, de acordo com o disposto no art. 29 da Lei 8.078/90¹⁴, estendendo-o a profissionais vulneráveis¹⁵ ¹⁶. Esta posição do STJ é

¹² Este é o critério finalista de interpretação de consumidor.

¹³ A questão a respeito da qualidade de destinatário final, contudo, não é pacífica. A fim de aumentar o rol da proteção estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor, existe a corrente da interpretação finalista que evoluiu para abarcar também profissionais vulneráveis num dado caso concreto. Uma outra corrente, denominada maximalista, entende por destinatário final do produto ou serviço aquele que o retira do mercado, o utiliza ou o consome (destinatário fático), não importando se com este ato encerra ou não a cadeia econômica do bem (ou seja, se é destinatário econômico). Sobre essas correntes, vide os comentários de Cláudia Lima Marques ao art.2º da lei supramencionada, *in* MARQUES, BENJAMIM e MIRAGEM. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, pp.83-112.

¹⁴ O art. 29 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que “para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.” Os Capítulos referidos no presente artigo tratam respectivamente das práticas comerciais e da proteção contratual.

¹⁵ O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 4º, I, estabelece que “a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes

atribuída pela doutrina à entrada em vigor do Código Civil de 2002.¹⁷

2. Os contratos de adesão no Código Civil atual

2.1. Alcance

O Código Civil de 2002 contém duas normas que tratam do contrato

princípios: I- reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.”

¹⁶ A respeito da vulnerabilidade ressaltada pelo Superior Tribunal de Justiça num dos pólos da relação contratual para determinar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, merece destaque o acórdão no Recurso Especial nº 476428/SC, da 3ª Turma, em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi (julgado em 19/04/2005), cuja ementa segue *in verbis*:

“Direito do consumidor-Recurso especial- Conceito de consumidor- Critério subjetivo ou finalista- Mitigação- Pessoa jurídica- Excepcionalidade- Vulnerabilidade- Constatação na hipótese dos autos- Prática abusiva- Oferta inadequada- Característica, quantidade e composição do produto- Equiparação (art.29)-Decadência- Inexistência- Relação jurídica sob premissa de fatos sucessivos- Renovação do compromisso- Vício oculto. A relação jurídica qualificada por ser de “consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou pessoa jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência do STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. (...) Recurso especial não conhecido.”

¹⁷ Que a denomina de interpretação finalista aprofundada. (Conforme MARQUES, *op. cit.*, p. 85).

de adesão. A primeira, presente no art. 423 que determina a interpretação mais favorável ao aderente quando no contrato de adesão houver cláusulas ambíguas ou contraditórias; a segunda, referida no art. 424, estabelece que nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Verifica-se, no entanto, que em nenhuma das duas normas acima mencionadas, constantes do Código Civil de 2002, o legislador define contrato de adesão. E este seria o ponto de partida para se estabelecer o campo de aplicação das referidas normas do Código Civil.

A primeira questão seria então a de saber se se pode utilizar do conceito de contrato de adesão estabelecido no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 54, *caput*.

O art. 54, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, embora não relacione o conceito de contrato de adesão à vulnerabilidade (do consumidor), é assente na doutrina e na jurisprudência (inclusive do Superior Tribunal de Justiça que entende, conforme anteriormente ressaltado, a proteção para “empresários vulneráveis num dado caso concreto”) que no conceito de consumidor que a Lei 8.078/90 pretende tutelar está ínsita a idéia da vulnerabilidade.¹⁸

¹⁸ Relativamente à noção de consumidor, v. as discussões expostas anteriormente.

Quanto ao aspecto da vulnerabilidade, v. o art. 4º do CDC referido na nota 15.

O primeiro artigo do Código de Defesa do Consumidor esclarece que: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inc. XXXII, 170, inc. V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”. Logo a Lei 8078/90 visa a proteger o consumidor. A tutela recai sobre este sujeito de direito. Trata-se, portanto, de um regime especial, cuja razão de ser está no fato de se considerar o consumidor desigual numa dada relação jurídica, justificando a ab-rogação do sistema geral, a dizer, do Código Civil, no que lhe for incompatível.

O Código Civil de 2002, por sua vez, revogou expressamente o Código de 1916 e parte do Código Comercial (1850) no que se refere às obrigações comerciais, promovendo à unificação do direito privado nesta área.^{19 20} Não fez, todavia, qualquer referência ao Código de Defesa do Consumidor, tampouco elaborou uma disciplina específica para os consumidores²¹, de maneira que as normas da lei especial continuam a prevalecer para se aplicar às relações jurídicas em que se identifique a pessoa do consumi-

¹⁹ Como outrora já havia sido sugerido por Teixeira de Freitas.

²⁰ Trata-se do art. 2.045 do Código Civil vigente.

²¹ Mister ressaltar que foi exigência da Constituição da República a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor (v. nota 10), porém cláusula pétrea é a defesa do consumidor (art.60, § 4º, IV, c.c. art.5º, XXXII, todos da Constituição Federal), que se pode fazer por outra via que não necessariamente aquela, como por exemplo, inserindo-o no Código Civil. Contudo não foi esta a opção do legislador do Código Civil de 2002 que não traçou normas específicas de defesa do consumidor.

dor, se não forem incompatíveis com a lei geral, que lhe é posterior, exercendo o Código Civil, neste aspecto, um caráter subsidiário.

Destarte, o Código Civil disciplina as relações jurídicas entre empresários e entre particulares que não preenchem as condições elencadas pela lei de proteção ao consumidor, ou seja, em que num dos pólos do contrato não esteja presente um “destinatário final vulnerável” (consumidor) frente a um fornecedor, porque em princípio o Código Civil visa a regular relações entre iguais.

Na prática, porém, pode-se constatar, por exemplo, que um empresário perante outro igualmente empresário pode impor seus interesses através de um contrato de adesão.²² E isso decorre do fato de não serem verdadeiramente iguais. A esse propósito, se bem que mais voltada à questão da livre iniciativa, a Constituição Federal já no seu artigo 170, inciso IX prevê como um dos princípios gerais da atividade econômica “o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” Nota-se que o constituinte não só reconheceu a desigualdade entre as diversas espécies de empresas, como exigiu

o tratamento favorecido para que, assim agindo o legislador infraconstitucional, se possa suprir a desigualdade.

Outrossim pode ocorrer que entre simples particulares, onde nenhuma das partes é exatamente profissional do produto ou do serviço que presta, um dos sujeitos de direito sucumba aos interesses do outro que lhe apresenta um contrato a ser aderido, por razões de superioridade econômica ou técnica (embora esta hipótese possa ser mais rara).

Nesses casos, especialmente nas relações jurídicas estabelecidas entre empresários nem sempre um deles será destinatário final de um produto ou serviço, ao contrário, na maioria das vezes é ainda intermediário (transformador) do bem (ou ainda o vai utilizar definitivamente em seu próprio negócio e assim auferir mais lucro). No entanto, esta realidade não impede necessariamente que este empresário destinatário (ainda que não final) se encontre numa posição de subordinação à outra parte que indique a sua vulnerabilidade diante dos fatos.

As normas presentes nomeadamente nos artigos 423 e 424 do Código Civil acabam por reconhecer que entre formalmente iguais pode haver desigualdade material.

Embora as hipóteses relacionadas acima sejam as mais comuns, o conceito de contrato de adesão não está expressamente associado à vulnerabilidade real, concreta, ou presumida de uma das partes da relação jurídica. O conceito presente

²² Aliás, no mundo dos negócios, este é o caminho mais fácil e eficaz de se impor interesses próprios. Embora não estejamos aqui negando a utilidade e até a necessidade de contratos de adesão, que na verdade constituem uma realidade irrevogável. Também não há necessariamente relação entre cláusulas inequitas e contrato de adesão, não obstante este último seja um facilitador para as primeiras.

no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor só faz alusão à figura do consumidor porque inserido numa lei especial cuja proteção e defesa se destinam a tal sujeito de direitos considerado vulnerável (art.4º, I, da Lei 8.078/90).

O poder de se estabelecer unilateralmente e previamente o conteúdo de um contrato não guarda restrições à pessoa do consumidor. É um método de contratação que não exige necessariamente a “participação”²³ de um consumidor (em oposição a um fornecedor).

Em outras palavras, o contrato se denomina de adesão porque tem suas cláusulas previamente elaboradas por uma das partes, sem oportunidade à outra de discutir o conteúdo integrador do contrato. Como ressalta Orlando Gomes, “o contrato é, no seu conteúdo, obra exclusiva de uma das partes.”²⁴

Todavia a vulnerabilidade do aderente pode ser o fator determinante para a celebração de um contrato por esta via (adesão). Se não for considerada, torna-se difícil, no caso concreto, estabelecer se o contrato é de adesão ou não, sobretudo porque o legislador não atribui ao contrato de adesão enunciado no art. 54 do CDC as características da generalidade e indeterminação

²³ Entre aspas porque nos referimos a uma participação apenas formal a significar integrar um dos pólos da relação jurídico-contratual, meramente aderindo ao seu objeto. Uma participação efetiva, e diria, então, material, requereria, e não é o caso, debate acerca das cláusulas a constar num dado contrato.

²⁴ GOMES, Orlando. Contratos. Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 118.

(porque não lhe são mesmo essenciais^{25 26}).

Por essas razões, entendemos que a incidência das normas presentes nos artigos 423 e 424 do Código Civil num dado contrato dependerão de prova *in casu* da vulnerabilidade da parte que em seu favor as alega, de maneira que a esta vulnerabilidade chamamos subjetiva (a depender de prova no caso concreto perante o juiz), em oposição à vulnerabilidade do consumidor referida no Código de Defesa do Consumidor que denominamos objetiva.

Assim os artigos 423 e 424 do Código Civil vão se aplicar às relações contratuais entre civis e entre empresários desde que verificada no caso concreto a vulnerabilidade mencionada, podendo nestes casos utilizar, no que couber, por analogia²⁷, as normas do Código de Defesa do Consumidor.

2.2. O artigo 423 do Código Civil

O Código Civil de 2002, no seu art. 423, prevê que quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-

²⁵ Diversamente, são fundamentais para caracterizar um contrato de adesão a predisposição das cláusulas, a unilateralidade desta predisposição e a rigidez das cláusulas (imutabilidade) (Conforme GENOVESE, Condizioni Generali del Contratti,. In Enciclopédia del Diritto, *apud* GOMES, *op. cit.*, p. 124).

²⁶ No mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina e Outros. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. V.II. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 25.

²⁷ Onde existe a mesma razão, deve existir a mesma solução.

se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Diversamente, o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 47, não atrela esta regra ao contrato de adesão, a significar que a norma aplica-se também aos contratos individualmente negociados. Tampouco a referida norma contém a exigência de cláusulas ambíguas ou contraditórias. Dispõe que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Este dispositivo legal inclui, portanto, as cláusulas claras²⁸.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já julgou em caso que envolvia consumidor e seguro-saúde que não obstante a regra estatuída no art. 47 da Lei 8.078/90, não há como se interpretar cláusula contratual em favor do consumidor se aquela expressa e claramente exclui direito deste, *in verbis*: “Código de Defesa do Consumidor. Plano de Saúde. Limitação de Direitos. Admissibilidade. Os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão-somente, que “as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.” Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato. Recurso não conhecido,

²⁸ Conforme MARQUES, *op.cit.*, p. 645.

com ressalvas quanto à terminologia.” (Por maioria, STJ, 3ª T., Resp. 319.707, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Castro Filho, julg. 07/11/2002, public. DJ 28/04/2003, p. 198) .²⁹

2.3. O artigo 424 do Código Civil

Este dispositivo legal determina que nos contratos de adesão são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor contém um rol de cláusulas abusivas. Trata-se do art. 51 da Lei 8.078/90, cujo inciso I dispõe que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que “... impliquem renúncia ou disposição de direitos..

Embora o Código Civil tenha economizado no elenco caracterizador de cláusulas abusivas, a jurisprudência, no seio da corrente fi-

²⁹ Em voto vencido, a Min. Nancy Andrighi ponderou que “O contrato é aleatório porque o cumprimento da obrigação do segurador depende se e quando ocorra aquele evento danoso. Todavia, o segurador estará obrigado a indenizar o segurado pelos custos com tratamento médico adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade do seguro-saúde. Assim sendo, a exclusão da cobertura, *a priori*, de determinado procedimento médico, ferirá a finalidade básica do contrato se, no caso concreto, este for justamente o essencial para garantir a saúde e, algumas vezes, a vida do segurado.”.

Também em voto vencido, o Min. Antônio de Pádua Ribeiro ressaltou que “... a melhor interpretação é aquela que beneficia o segurado.”.

nalista aprofundada, permite o controle de cláusula abusiva em contratos celebrados com consumidor por equiparação.

Quanto à cláusula contratual de eleição de foro, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, decidiu: “Recurso Especial. Direito Processual Civil. Cláusula de eleição de foro em contrato de grande vulto celebrado entre pessoas jurídicas. Validade, quando não demonstrada a hipossuficiência da parte aderente. Agravo Regimental improvido. 1. Não é o só fato de a relação jurídica ser de índole consumerista que ensejará a nulidade da cláusula de eleição. De tal pacto deve resultar desequilíbrio contratual a ponto de dificultar o acesso de uma das partes ao judiciário. 2. Porém, não reconhecida pelas instâncias ordinárias a hipossuficiência da agravante, ou a dificuldade de acesso ao judiciário, não poderá fazê-lo este Superior Tribunal, porquanto demandaria reapreciação das circunstâncias fáticas que circundam a celebração do contrato, além da interpretação de suas cláusulas, o que é vedado pelas súmulas 5 e 7 desta Corte. 3. Agravo Regimental improvido.” (Por unanimidade, 4ª T., STJ, AgRg no Recurso Especial nº 1.070.247 – CE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 19/03/2009, public. DJ 30/03/2009).

Também em outro caso, o Superior Tribunal de Justiça manifesta-se no sentido da validade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão entre pessoas jurídicas, quando esta não inviabiliza a defesa no Juízo contratualmente eleito.

(Por unanimidade, 3ª T., STJ, AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.092.843-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 20/08/2009, public. DJ 17/09/2009).

Ora, a eleição do foro pelas partes para dirimir conflitos decorrentes do contrato deve resultar de acordo de vontades inequívoco indicado por uma cláusula negociada individualmente, o que não acontece em contratos de adesão. Todavia a hipossuficiência ou a inviabilidade ou dificuldade de acesso ao judiciário suscitados nos mencionados acórdãos revelam a necessidade de prova da vulnerabilidade da pessoa no caso concreto para permitir o afastamento da referida cláusula que causa prejuízo de defesa de direitos ao aderente, a indicar disparidade de vantagens entre as partes, não desejada por uma delas.

Merece também destaque a decisão do STJ, *in verbis*: “Conflito de Competência. Foro de eleição. Contrato de adesão. Parmalat. Produtor de leite. Locação de tanque. A cláusula de eleição do foro de São Paulo em contrato de adesão para locação de tanque de armazenamento de leite ‘in natura’, celebrado entre a indústria de laticínios e o produtor rural domiciliado no interior de Minas Gerais, pequeno fornecedor do leite ‘in natura’, evidencia a nítida desigualdade entre as partes e cria para o agricultor dificuldade insuperável para o acesso à Justiça. Competência do foro do domicílio do réu. Conflito conhecido e declarada a competência do Dr. Juiz de Direito de Bom Sucesso, Minas Gerais.” (Por unanimi-

dade, Segunda Seção do STJ, CC n° 31227-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 25/04/2001, public. DJ 04/06/2001).

Finalmente mister ressaltar a seguinte decisão do STJ: “Cláusula de eleição de foro. Contrato de adesão. Precedentes da Corte. 1. Na linha de precedentes da Corte, a cláusula de eleição de foro é, em princípio, lícita, ainda que inserida em contrato de adesão, salvo se acarretar sério gravame à parte. 2. No caso, o Acórdão recorrido apenas considerou que a empresa recorrida encerrou as suas atividades, representando a aplicação da cláusula de eleição de foro prejuízo para a defesa da recorrida. 3. A discussão sobre a natureza do contrato, como posta no especial, não foi desafiada pelo Acórdão recorrido, que limitou-se a admitir que o contrato era de adesão para a realização de operações relacionadas com a concessão de veículos, revestido de cláusulas padronizadas, sendo as obrigações dele decorrentes cumpridas na Comarca de Curitiba. Com isto interpretou o teor das cláusulas contratuais, provocando a incidência da Súmula 05 da Corte. 4. Recurso Especial não provido.” (Por unanimidade, 3ª T., STJ, REsp n° 146.894-PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 03/09/98, public. DJ26/10/98).

3. Considerações finais

O Código Civil, embora vise a regular as relações jurídicas entre iguais, reconhece expressamente a partir de 2002, a possibilidade de

existência de contratos de adesão entre formalmente iguais, isto é entre empresários e entre não-empresários.

A aplicação das normas relativas ao contrato de adesão, nessas hipóteses, deve depender da prova da vulnerabilidade de uma das partes no caso concreto, porque justamente visam a reparar a desigualdade material entre as partes causada pela pré-estipulação unilateral das cláusulas contratuais.

Diversamente, o Código de Defesa do Consumidor declara a vulnerabilidade do consumidor, vez que a desigualdade material entre fornecedor e consumidor, tais como descritos na lei especial, é no mínimo presumida (por essa razão, a regra de inversão do ônus da prova³⁰, dentre tantas outras).

A entrada em vigor do Código Civil de 2002 veio enriquecer a jurisprudência brasileira no desenvolvimento da corrente finalista aprofundada, bem como a doutrina, estendendo o conceito de consumidor a outras pessoas que em determinada situação concreta se mostram vulneráveis, para aplicar a Lei 8.078/90, no que couber.\\

³⁰ Conforme arts. 6º, X, e 51, VI, da Lei 8.078/90.

Meio ambiente e cultura no estado democrático de direito – algumas digressões e reflexões

Bruno Campos Silva*

SUMÁRIO:

1. Meio Ambiente e Constituição
2. Cultura e Constituição
3. Cultura e a língua portuguesa – breves, porém relevantes comentários
4. Algumas digressões e reflexões em relação à transição de nossa justiça no Estado Democrático de Direito
5. Conclusão
6. Referência bibliográfica.

1. Meio Ambiente e Constituição

Consabido por todos que o meio ambiente adquiriu sua efetiva proteção, a partir do tecido constitucional de 1988 (ex vi do art. 225), Capítulo VI. Falo aqui em “tecido” constitucional, pelo simples fato de que a Constituição deverá ser interpretada e concretizada com a conjugação sistêmica de variados preceitos, regras, regramentos (como queiram alguns), princípios (conjugados, de forma efetiva, aquele previsto no art. 170, VI), postulados normativos como defende o ilustre Prof. Humberto Ávila. in Frankfurt am Main.¹

* Advogado em Belo Horizonte-MG e Brasília-DF. Trabalho publicado: In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coordenadoras). Revista Internacional de Direito e Cidadania/Instituto Estudos Direito e Cidadania – v. 1, n. 4, Junho/Setembro 2009, – São Paulo, SP: Habilis, 2009.

¹ Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed., SP: Malheiros, 2007

O tema é vasto, rendendo até mesmo livros a respeito do assunto, o que, também não se afigura o escopo central do presente trabalho.

A nossa Constituição é muito maltratada, nem mesmo os fundamentos (ex vi do art. 1º) e objetivos (ex vi do art. 3º) da República Federativa são respeitados em sua plenitude, apenas e tão-somente de maneira paliativa, bem como suas garantias (ex vi do art. 5º) e o piso vital mínimo (ex vi do art. 6º), todos inerentes a salvar o meio ambiente; doa a quem doer. Eis as perfeitas colocações do mestre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) À vista deste panorama, ainda incipiente, mas desde logo preocupante, é difícil prever, nestes umbrais do próximo milênio, o que seus albos reservam para a sobrevivência da democracia e, muito mais, portanto, para as possibilidades dos países subdesenvolvidos acederem às condições propiciatórias de uma democracia substancial. É que os subdesenvolvidos têm sido e são, naturalmente, meros piões no tabuleiro de xadrez da economia e, pois, da política internacional; logo, por definição, sacrificáveis para o cumprimento dos objetivos maiores que movem as peças. (...) Talvez se possa concluir, apenas, que as condições evolutivas para aceder aos valores substancialmente democráticos, como igualdade formal, segurança social, respeito à dignidade humana, valorização do trabalho (todos consagrados na bem concebida e maltratada Constituição Brasileira de 1988), ficarão cada vez mais distantes à medida em que os Governos dos países subdesenvolvidos e dos eufemicamente denomina-

dos em vias de desenvolvimento – em troca do prato de lentilhas constituído pelos aplausos dos países cêntricos – se entreguem incondicionalmente à sedução do canto da sereia proclamador das excelências de um desenfreado néo-liberalismo e pretensas imposições de uma idolatrada economia global. Embevecidos narcisisticamente com a própria ‘modernidade’, surdos ao clamor de uma população de miseráveis e desempregados, caso do Brasil de hoje, não têm ouvidos senão para este cântico monocórdio, monolítica e in-contrastavelmente entoado pelos interessados”.²

Com as brilhantes observações do mestre administrativista, pode-se chegar à conclusão que sempre defendemos, ou seja, sem a íntegra valorização do trabalho humano, sem salário digno, sem saúde digna, sem moradia digna e segura, resumindo sem a concreta operacionalização do texto constitucional; o meio ambiente irá, com toda certeza, sucumbir debaixo de nossos olhos, ou como dizia o poeta e cantor Caetano Veloso (“Debaixo dos caracóis dos seus cabelos”, e, acrescento, debaixo dos nossos também!). Em outra oportunidade, demonstramos tal indignação fazendo, inclusive, alusão ao poeta e cantor Renato Russo, em sua música “Que País É Este?”. Importante digressão é que, nos idos da ditadura militar, fervilhavam intensos movimentos culturais.

Chega de mentiras ou adoção de medidas paliativas, o mundo precisa de uma mudança com atitude radical (com utilização do bom senso e transparência), logica-

mente, sem engessar o desenvolvimento, como pretendem alguns ou vários.

2. Cultura e Constituição

A Cultura em nosso país é tratada em tópico especial, ou melhor, na Seção II, do Capítulo III, de nossa Constituição (ex vi dos arts. 215 e 216). Entretanto, não vislumbramos, ainda, qualquer interesse real e concreto em prol de sua efetiva proteção.

Um país aculturado, com certeza, dominável ou já dominado! E naquela época, do regime militar, as informações eram decotadas, para atenderem apenas aos interesses dos dominantes, com o devido respeito.

Percucientes as observações do mestre Prof. Paulo Affonso Leme Machado: “A democracia nasce e vive na possibilidade de informar-se. O desinformado é um mutilado cívico. Haverá uma falha no sistema se uns cidadãos puderem dispor de mais informações que outros sobre um assunto que todos têm o mesmo interesse de conhecer, debater e deliberar.”³

A Cultura implica em variadas perspectivas, as quais deverão ser de igual forma e qualidade preservadas pela Sociedade e Poder Público, s.m.j.. É claro que nosso país possui uma enorme diversidade cultural, o que, a toda evidência, deverá ser respeitada. A própria Constituição traz em tópico apropriado, como dito anteriormente, a afirmação de sua proteção, bem como indica implicações para possíveis e concretas transgressões. O meio ambiente (e nele, com toda lógica, a Cultura), segundo nosso entendimento, afigura-se direito fundamental à sobrevivência e convivência.

² “A democracia e suas dificuldades contemporâneas”. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coordenadoras). Revista Internacional de Direito e Cidadania/Instituto Estudos Direito e Cidadania – v. 1, n. 2, Outubro 2008. – São Paulo, SP: Habilis, 2008, p. 62.

³ Direito à informação e meio ambiente. São Paulo: Malheiros, 2006, p.50.

A informação transparente, idônea e desgarrada de interesses escusos consubstancia-se num dos principais alicerces de nossa Cultura.

E mais, as peculiaridades de nossa Cultura exigem respeito e proteção.

Afirma o mestre alemão Prof. Peter Häberle: “No âmbito constitucional, os feriados pertencem a uma tríade de ‘elementos de identidade cultural do Estado constitucional’. Ela consiste em feriados, hinos nacionais (sobre isso a recente monografia do autor de 2007) e bandeiras nacionais (a respeito também o livro: *Nationalflaggen als bügerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungsymbole*, 2008).

Em alguns países, as bandeiras, os hinos, e os feriados nacionais são vivenciados ‘conjuntamente’ de forma intensiva num único dia. O Estado constitucional aberto necessita de elementos culturais de base. Cultura é o ‘húmus’ de toda sociedade aberta. Ela é que lhe confere ‘fundamento e motivos!’. Sem cultura, o *homo politicus* ficaria sem chão. O economicismo de nossos dias não fornece sustentação interna, mesmo que uma economia eficaz continue a ser tão importante. Por isso, é importante que uma teoria constitucional, entendida como ciência da cultura, se ocupe monograficamente desses temas citados e literalmente os ‘vincule’. (...) Tais dias da Constituição não podem ser, de forma alguma, teoricamente sobre-estimados: eles servem à possível identificação do cidadão com seu Estado constitucional nacional, à conscientização de seus valores e à sustentação interna da sociedade aberta. A ciência também deveria contribuir para o êxito de tais acontecimentos, como através de grandes preleções de estudiosos do Es-

tado ou seminários conjuntos com estudantes”.⁴

A partir do momento em que a Constituição afirma a valorização do trabalho humano e um de seus fundamentos, qual seja, a dignidade humana, todo cidadão tem direito a esse bem dotado, como dito alhures, de peculiaridades próprias, que, afinal de contas, convergem às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Em relação à efetiva proteção da Cultura e da língua portuguesa em suas diversidades, imperioso destacar primoroso trabalho elaborado pela insigne Profa. Inês Virgínia Prado Soares: “A cultura é o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange também as artes e as letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças. Dentre os traços integrante da cultura, a linguagem é um dos mais significativos, não somente para a presente e as futuras gerações como para a compreensão da humanidade em sua trajetória na terra.

A linguagem, forma de expressão estreitamente ligada à liberdade e à essência da vida humana, pode ser tratada no plano jurídico como bem cultural viabilizador de direitos humanos e como vetor do patrimônio cultural imaterial. Nesse sentido, a utilização da língua é exercício dos direitos culturais lingüísticos, contrapartida dos direitos de liberdade de expressão e comunicação e materialização do bem cultural intangível (forma de expressão).

Em razão disso, a língua é elemento fundamental da diversidade cultural e, portan-

⁴ Constituição e cultura – o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, xii do prefácio à edição brasileira.

to, não se pode falar em direitos culturais lingüísticos e em direito fundamental ao patrimônio cultural lingüístico sem considerar o acolhimento, pelo ordenamento jurídico, do respeito à língua materna e do reconhecimento direito da comunidade de se expressar de acordo com os valores que afirmam sua identidade cultural”.⁵

3. Cultura e a língua portuguesa – breves, porém relevantes comentários

A Cultura e a língua oficial de nosso país, ou seja, a portuguesa (ex vi do art. 13, caput, da CF/88), são bens tutelados pela Constituição.

Aproveitando o percuciente raciocínio da insigne Profa. Inês Virgínia Prado Soares, se se tratarmos a língua portuguesa como elemento fundamental da diversidade cultural, então, já adiantamos que esse mesmo elemento integra fundamentos e objetivos de nossa República, portanto, sua alteração como, aliás, aconteceu, via acordo para integração entre países, não seria viável nem por emenda constitucional, uma vez que agride, com o devido respeito às opiniões contrárias, a própria forma federativa do país, constante do rol das cláusulas pétreas de nossa Constituição (ex vi do art. 60, § 4º, I). Essa é a nossa singela, porém necessária opinião.

Não somos avessos à diversidade cultural existente em nosso país, somente não concordamos, com o procedimento (rectius: trâmite), com que foram conduzidas e em-

preendidas as alterações ortográficas de nossa gramática.

Outro ponto merecedor de destaque é que a informação em nosso país, infelizmente, ainda, está longe de sua transparência, tanto é verdade, que, inúmeras pessoas com altos níveis de formação, ainda, vacilam em seus escritos, divulgando, o que, diríamos, “a má digestão de uma verdadeira manipulação”.

Incertezas, ainda, permanecerão, o que, traz insegurança jurídica a todo país, levando-se em consideração a má técnica legislativa conduzida pelo legislador, em sua desregrada legiferância!

As regras ortográficas empreendidas escapam ao conteúdo deste singelo estudo.

Parece, ao que tudo indica, confundirem o desenvolvimento da língua portuguesa com a integração do país. Isso implica diversidade cultural, social, econômica, histórica, meio ambiente, e, diga-se de passagem, todos os países que entabularam o acordo, transformando-o em texto legal, enfrentam sérias dificuldades em toda diversidade mencionada, s.m.j.. E as audiências públicas (verdadeiro momento de exercício da cidadania) abertas à comunidade científica jurídica e aos demais cientistas da área específica? E isso, com certeza, atinge diretamente nossa Federação, nossa Soberania! Não estamos aqui, querendo colidir opinião com exímios conhecedores de nossa língua oficial (v.g., o ilustre Prof. Dr. Evânildo Bechara), mas apenas fomentar salutar debate jurídico a respeito de temática importantíssima ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

⁵ “Cidadania cultural e direito à diversidade lingüística: a concepção constitucional das línguas e falares do Brasil como bem cultural”. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coordenadoras). Revista Internacional de Direito e Cidadania/Instituto Estudos Direito e Cidadania – v. 1, n. 1, Junho 2008. – São Paulo, SP: Habilis, 2008, p. 84.

4. Algumas digressões e reflexões em relação à transição de nossa justiça no Estado Democrático de Direito

Cumpramos bela passagem erigida pelo ilustre Prof. Celso Lafer, em dezembro de 1981, quando da elaboração do posfácio da grandiosa obra “A condição humana”, de Hannah Arendt: “Em *The Human Condition* Hannah Arendt apresenta uma das mais brilhantes e originais análises da natureza, do mecanismo, da complexidade, do «pathos» e do significado da ação. Esta análise está a serviço da esperança de democracia, que é a sua mensagem maior, pois, neste livro, Hannah Arendt mostra como ação, palavra e liberdade não são coisas dadas, mas requerem, para surgirem, a construção e a manutenção do espaço público. A liberdade é um «a fortiori» da auto-revelação humana no seio de uma comunidade política no qual existe espaço público. A vocação da liberdade, que assegura o espaço público, exige, por isso mesmo, coragem para expôr o ser em público – coragem que nunca faltou a Hannah Arendt e sem a qual também não se constrói democracia. Esta é a sua lição: uma lição de criatividade intelectual e coragem política, das mais oportunas na presente conjuntura brasileira.”⁶

Para algumas importantes digressões (nos idos das imposições autoritárias), lançamos mão da preciosa obra dos ilustres Profs. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco: “Vista na perspectiva do tempo, a Constituição de 1937 não foi apenas um texto autoritário, como tantos outros que marcaram a nossa experiência constitu-

cional. Foi, também, uma grande frustração institucional, como assinalou Waldemar Ferreira em palavras que, possivelmente, terão sido as mais adequadas para traduzir o que aconteceu com o estado de poder da ditadura Vargas, palavras que, por isso mesmo, merecem transcrição, ainda que extensa: ‘Desenhou-se complexamente o mecanismo do que se batizou – de Estado Novo. Não puderam os seus artífices, por isso mesmo, pô-lo em funcionamento. Não passou a carta de 1937 de engodo, destinado, pura e simplesmente, a disfarçar regime ditatorial em toda a amplitude do conceito. Destituída de sinceridade, aquela carta teve existência apenas no papel. Eis porque o seu organismo político nunca se armou. Tudo quanto nela se planejou foi mera fantasia. Não passou de cometimento demasiadamente longo para que se pudesse haver como simples tentativa; mas caracterizou-se como documento inapto, tardiamente desfeito, posto que inicialmente malogrado, para que se pudesse haver como Constituição, que assim indevidamente se qualificou. (...)’

Não chegou a carta de 1937, em verdade, a adquirir foros constitucionais. Não os alcançou por faltar-lhe o alento que somente lhe poderia ter vindo de ter sido elaborada pelo povo brasileiro. Não resultou da observância e aprimoramento dos princípios constitucionais pelos quais ele sempre se orientou e se regeu. Não surgiu dele, exprimindo-lhe as aspirações e sentimentos nítida e tradicionalmente democráticos. Pelo contrário, ela se desfechou sobre ou contra ele.

Não ganhou corpo porque, já se disse, e em reiterar nada se perde, ele não chegou a homologá-la com o seu voto, expresso em plebiscito procrastinado e nunca realizado: ela lhe foi imposta pelas forças armadas,

⁶ Hannah Arendt, *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer, 10ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 352.

ou com o seu assentimento silencioso de cúmplices”⁷.

Em continuação às nossas digressões (em relação à Constituição de 1946 – pós-Estado Novo), para após delinear algumas reflexões, importante, ainda, utilizarmos o escoreito posicionamento dos precitados constitucionalistas: “(...) Debruçando-se, igualmente, sobre o seu texto, outra não é a conclusão a que chegou Miguel Reale, para quem a Constituição de 1946, conquanto mereça louvores pelos seus acertos – e. g., a melhor distribuição das competências entre a União, os Estados e os Municípios, a fixação de diretrizes gerais de ordem econômica ou educacional, e o significativo avanço em delinear, além dos direitos políticos, também os direitos sociais -, nem por isso há de ser poupada de críticas quanto ao que ele chamou de quatro graves equívocos daquele documento político, a saber: a) o enfraquecimento do Executivo, deixado à mercê do Legislativo; b) o fortalecimento do Legislativo, mas num quadro normativo anacronicamente reduzido às figuras da lei constitucional e da lei ordinária; c) a criação de óbices à intervenção do Estado no domínio econômico, o que era incompatível co a sociedade industrial emergente; e, por fim, d) a adoção do pluralismo partidário, sem limitações nem cautelas, o que levou ao surgimento da ‘política estadual’ e à criação de ‘partidos nacionais’ de fachada, cujas siglas escondiam meras federações de clientelas ou de facções legais”⁸.

E, ainda, citando pensamentos dos mestres Paulo Bonavides e Paes de Andrade: “(...) Julgando-a, favoravelmente, no entanto, Paulo Bonavides e Paes de Andrade desta-

cam, desde logo, que a Constituição de 1946 recuperou com decisão o princípio federativo, que praticamente desaparecera sob a Carta de 1937, com a entrega do governo dos Estados a prepostos do poder central. No plano das liberdades, em geral, observam que aquela Carta declarou, solenemente, inviolável a liberdade de consciência e de crença, assim como livre o exercício de cultos religiosos, ressalvados os que fossem contrários à ordem pública e aos bons costumes. Mais, ainda, deixou assente que as liberdades e garantias individuais, de resto declaradas mais amplas do que as constantes, exemplificativamente, no corpo da Constituição, não poderiam ser cerceadas por qualquer expediente autoritário, razão por que a aprovação do estado de sítio fora reservada, com exclusividade, ao Congresso Nacional, composto, novamente, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. No que toca ao Legislativo e ao Judiciário, espeznados sob a Carta de 1937, o texto democrático de 1946 buscou devolver-lhes a dignidade, pelo respeito às suas tradicionais prerrogativas e uma equilibrada partilha do poder político, apesar da opinião em contrário dos que entendem que esse modelo acabou desequilibrando a balança em favor do Legislativo e gerando, mais tarde, fricções que colaboraram para a erosão daquela lei fundamental. A criação de partidos políticos, em princípio, foi declarada livre, vedando-se, no entanto, a organização, o registro e o funcionamento de partidos ou associações cujo programa ou ação contrariasse o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”⁹.

Nestes breves rascunhos de nossa história, não titubeamos em fazer referência ao importante estudo do insigne Prof. Marcelo Neves: “(...) Estabelecido que a constitu-

⁷ Curso de direito constitucional. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 172.

⁸ Idem, p. 173.

⁹ Idem, p. 174.

cionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um problema típico do Estado periférico, cabe, por fim, uma breve referência exemplificativa ao caso brasileiro. Em trabalho anterior já propus uma interpretação da experiência constitucional brasileira como círculo vicioso entre instrumentalismo e nominalismo constitucional. Não é este o local para uma nova abordagem interpretativa do desenvolvimento constitucional brasileiro. Aqui interessa considerar, em traços gerais, como apoio empírico da argumentação precedente, a função hipertroficamente simbólica das ‘Constituições nominalistas’ brasileiras de 1824, 1934, 1946 e 1988. Conforme já afirmei no item anterior de maneira genérica, não se nega, com isso, que as ‘Constituições instrumentalistas’ de 1937, e 1967/1969 tenham exercido funções simbólicas: a primeira, p. ex., através da declaração dos direitos sociais, que atingia apenas uma pequena parcela da população; os documentos constitucionais de 1967/1969, mediante as declarações de direitos individuais e sociais não respaldadas na realidade constitucional. Mas, em ambos os casos, desvinculava-se, a partir de dispositivos da própria ‘carta política’ ou de leis constitucionais de exceção, o chefe supremo do executivo de qualquer controle ou limitação jurídico-positiva. A legislação constitucional, casuisticamente modificada de acordo com a conjuntura de interesses dos ‘donos do poder’, tornava-se basicamente, então, simples instrumento jurídico dos grupos políticos dominantes, atuava como uma ‘arma’ na luta pelo poder. O que distinguia fundamentalmente o sistema de relação entre política e direito era, portanto, o ‘instrumentalismo constitucional’, de maneira alguma a constitucionalização simbólica”.¹⁰

¹⁰ A constitucionalização simbólica. 2ª Ed., São Paulo: Martins Forense, 2007, p. 177-178.

Antes de prosseguirmos, imperioso traçarmos algumas considerações de cunho explicativo.¹¹ Com relação ao texto constitucional, “Constituição nominalista” (adotando construção do Prof. Marcelo Neves, com forte embasamento nas idéias de Loewenstein), seria uma carta com dispositivos contrários ao autoritarismo, entretanto, ainda, com tendências a fortes influências de determinados grupos resistentes a concretas mudanças.¹²

Mais uma vez, utilizamos o lúcido entendimento do ilustre Prof. Marcelo Neves: “(...) A constitucionalização simbólica de orientação social-democrática e restabelecida e fortificada com o texto constitucional de 1988. Com o esgotamento do longo período de ‘constitucionalismo instrumental’ autoritário iniciado em 1964, a identificação simbólica com os valores do constitucionalismo democrático deixou de ser relevante politicamente apenas para os críticos do antigo regime, passando a ser significativa também para os grupos que lhe deram sustentação. À crença pré-constituente na restauração ou recuperação

¹¹ Cumpre-nos, esclarecer o fenômeno da alopoiese adotado por Marcelo Neves, baseado no modelo de Teubner, “a alopoiese implica, em primeiro lugar, a não-constituição ou o bloqueio generalizado do entrelaçamento hipercíclico dos componentes sistêmicos (ato, norma, procedimento e dogmática jurídicos). Mas pode significar algo mais: a não-constituição auto-referencial de cada espécie de componentes sistêmicos. Nesse caso, as fronteiras entre sistema jurídico e ambiente social não só se enfraquecem, elas desaparecem”. (Op. cit., 147-148)

¹² Verificar os comentários tecidos por Jürgen Habermas a respeito da obra do Prof. Marcelo Neves: “O problema de Hegel [as diferenças percebidas entre o ‘conceito’ e a ‘realidade existente’ do Estado] retorna de outra maneira, quando consideramos aquelas sociedades em que a letra imaculada do texto constitucional não é mais do que a fachada simbólica de uma ordem jurídica imposta de forma altamente seletiva”. (Em referência ao presente livro.)

da legitimidade estava subjacente um certo grau de ‘idealismo constitucional’. O contexto social da Constituição a ser promulgada já apontava para limites intransponíveis à sua concretização generalizada. Nada impedia, porém, uma retórica constitucionalista por parte de todas as tendências políticas; ao contrário, parece que, quanto mais as relações reais de poder afastavam-se do modelo constitucional social-democrático, tanto mais radical era o discurso constitucionalista.

Suposto que, diante da exigência de diferenciação funcional e de inclusão na sociedade moderna, é função jurídica da Constituição institucionalizar os direitos fundamentais e o Estado de bem-estar (Cap. II.1.3.D.a), não caberiam restrições ao texto constitucional, no qual as declarações de direitos individuais, sociais e coletivos são das mais abrangentes. Também quanto à prestação, seja no que se refere ao estabelecimento de procedimentos constitucionais para a solução jurídica de conflitos (due process of law) ou à previsão de mecanismos específicos de regulação jurídica da atividade política (Cap. II.1.3.D.b e c), o texto constitucional é suficientemente abrangente”.¹³

E, ainda: “(...) O problema surge no plano da concretização constitucional. A prática política e o contexto social favorecem uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. A questão não diz respeito apenas à ação da população e dos agentes estatais (eficácia), mas também à vivência dos institutos constitucionais básicos. Pode-se afirmar que para a massa dos ‘subintegrados’ trata-se principalmente da falta de identificação de sentido das determinações constitucionais. Entre os agentes estatais e os setores ‘sobrein-

tegrados’, o problema é basicamente de institucionalização (‘consenso suposto’) dos respectivos valores normativos constitucionais. Nessas condições não se constrói nem se amplia a cidadania (art. 1º, inciso II) nos termos do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput), antes se desenvolvem relações concretas de ‘subcidadania’ e ‘sobrecidadania’ em face do texto constitucional”.¹⁴

E arremata com a acuidade que lhe é peculiar: “Os problemas de heterorreferência são inseparáveis das questões concernentes à auto-referência do sistema jurídico ao nível constitucional (cf. item 3 deste capítulo). O bloqueio permanente e generalizado do código ‘lícito/ilícito’ pelos códigos ‘ter/não-ter (economia) e ‘poder/não-poder’ (política) implica uma prática jurídico-política estatal caracterizada pela ilegalidade. Quanto à constitucionalidade, as dificuldades não se referem apenas à incompatibilidade de certos atos normativos dos órgãos superiores do Estado com dispositivos constitucionais, como, p. ex., no caso do uso abusivo das medidas provisórias pelo Chefe do Executivo; o problema não se restringe à ‘constitucionalidade do direito’, mas reside antes na ‘juridicidade da Constituição’, ou seja, na (escassa) normatividade jurídica do texto constitucional”.¹⁵

Em introdução à relevante obra do mestre Prof. Friedrich Müller, destaca o ilustre Prof. Peter Naumann: “(...) Deve-se chamar a atenção ao fato de que estrutura da norma designa como conceito operacional o nexo entre as partes conceituais integrantes de uma norma (programa da norma – âmbito da norma) e não, e.g., as relações entre os pontos de referência da teoria tra-

¹³ A constitucionalização simbólica. 2ª Ed., São Paulo: Martins Forense, 2007, p. 183-184.

¹⁴ A constitucionalização simbólica. 2ª Ed., São Paulo: Martins Forense, 2007, p. 184.

¹⁵ Idem, p. 184-185.

dicional do direito (como ser e dever ser, suporte fático e consequência jurídica norma e conjunto de fatos). Os elementos estruturais mencionados atuam conjuntamente no trabalho efetivo dos juristas de um modo ao qual se atribuía normatividade. Normatividade não significa aqui nenhuma força normativa do fático, tampouco a vigência de um texto jurídico ou de uma norma jurídica. Ela pressupõe a concepção – a ser explicitada mais tarde – da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado. Normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida como processo real de decisão”.¹⁶

As precitadas digressões e reflexões retratam a incontestante justiça transitória em nosso Estado Democrático de Direito. Importante destacar que a verdade e memória afiguram-se imprescindíveis ao resgate, e, ao mesmo tempo, à afirmação de direitos constitucionais que, em certo momento, foram indevidamente coarctados, na época do AI-5 (AI – Ato Institucional), tanto assim, que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) teceu relevantes comentários incisivos em relação à época do regime ditatorial.¹⁷

¹⁶ Teoria estruturante do direito; tradução Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 15.

¹⁷ Notícias STF, Sexta-feira, 16 de Janeiro de 2009. “O impacto do AI-5 no Brasil no Supremo”, www.stf.jus.br. Verificar importante obra da ilustre Profa. Maria Fernanda Salcedo Repolês Quem deve ser o guardião da constituição? Do poder modera-

A memória e a verdade são necessárias à manutenção de toda uma reação efetiva para mudanças estruturais em nosso Estado de Direito.

Tais digressões importam em revolver fatos históricos embutidos na memória de todo cidadão brasileiro, que, presenciou, diante do AI-5, a suspensão de direitos constitucionalizados (v.g., habeas corpus) e prisões indevidas.

Agora, para tecermos importantes digressões e reflexões, convém trazer à baila reportagem de Tamis Parron: “A ditadura terminou há 20 anos e parece ser uma página virada da história brasileira. Parece, mas não é. O regime militar botou o país de pernas para o alto, tanto no bom quanto no mau sentido, e provocou mudanças de fôlego que ainda hoje fazem toda diferença no nosso dia-a-dia. Parou no congestionamento? Lembre que foram os militares que consolidaram o modelo de transporte baseado no carro, iniciado por Juscelino Kubitschek. Ligou a televisão e ficou orgulhoso da qualidade de técnica da produção brasileira? Atente para o impulso que os governos autoritários deram para o setor. Fica indignado cada vez que o presidente Lula assina uma Medida Provisória? Não esqueça que as MPs são o velho decreto-lei militar repaginado.

É difícil apontar uma área da vida brasileira que não tenha sofrido influência dos governos militares. Afinal, foram 21 anos de poder exercido com mão pesada. Em alguns setores, no entanto, as pegadas do período estão mais claras. Dívida externa, política de terras, distribuição de renda, indústria automobilística e produção de energia são bons exemplos disso.

dor ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

Todo balanço da ditadura acaba sendo negativo – afinal, foram anos de repressão e violência, em que a vontade dos governados contou menos que a dos governantes. Mas o tempo já permite separar o joio do trigo, admitindo ações positivas em algumas frentes.

É tarefa delicada. No campo minado das paixões que o período desperta, defensores e críticos até hoje trocam farpas. Mas se os governos militares lançaram os fundamentos da pós-graduação brasileira, de outro lado estimularam a criação indiscriminada de cursos privados. Se geraram condições para o crescimento, deixaram de distribuir rendas”.¹⁸ Isso implica afirmar que tanto o meio ambiente como a cultura foram diretamente conspurcados pelo regime militar. Na realidade, precisamos refletir em como operacionalizar (rectius: concretizar) os diversos princípios e preceitos erigidos em nossa Constituição, sob pena de relegarmos a oblição o Estado Democrático de Direito.¹⁹ Em sua primorosa obra, destaca o mestre Prof. Peter Häberle: “(...) Ao lembrarmos o recente reconhecimento feito pelo consagrado poeta alemão Günter Grass de uma vida em mentira em relação a sua atuação nas fileiras das tropas SS da Alemanha nazista por um lado (uma vez que ele foi visto durante vários anos como a ‘consciência da Nação alemã, tão maior foi a decepção de seus leitores e admiradores há dois anos – dentre os quais figura também o autor) e o trato dos Estados Unidos da América para com a cultura

indígena outrora destruída por outro lado, teremos então o seguinte resultado: a verdade é um tema da humanidade e ao mesmo tempo um tema de toda e qualquer pessoa na totalidade de sua precária existência individual. Assim, a verdade permanece um tema para todas as ciências – sobretudo para uma ciência da cultura compreendida como uma teoria constitucional com ‘weltbürgerlicher Absicht’ (intuito cosmopolita), pela qual o autor luta desde 1982”.²⁰

Assim, em reflexão às bem laçadas palavras do mestre alemão, tanto a memória como a verdade permanecem latentes no âmago de cada cidadão brasileiro.

5. Conclusão

Em arremate ao exposto, sem memória e verdade, todo cidadão brasileiro por mais ignaro que seja, carregará dentro de si um verdadeiro e, ao mesmo tempo, inconcebível “Estado de Exceção”.²¹

Tal constatação poderá trazer abalos irremediáveis ao meio ambiente e à cultura de nosso país, enfim, ao próprio Estado Democrático de Direito. Memória e Verdade, constitui e traduz importante temática, ainda, pouco explorada pelos juristas da atualidade. Portanto, é uma honra compartilhar de mais um momento histórico em nosso país.

6. Referência bibliográfica

Agamben, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci de Poletti. 2ª Ed., São Paulo: Boitempo, 2007 (Estado de sítio).

¹⁸ “A cara e a coroa”. Ditadura no Brasil – tudo sobre o regime militar de 1964 a 1985 – especial 40 anos do AI-5. Aventuras na História – tiragem reeditada, 2008, p. 77.

¹⁹ Ver importante digressão e reflexão do mestre Prof. Peter Häberle, em sua primorosa obra “Os problemas da verdade no estado constitucional – Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat”. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 99-103.

²⁰ Idem, p. 12-13.

²¹ Ver relevante obra de Giorgio Agamben, in Estado de exceção; tradução de Iraci D. Poletti. 2ª Ed., São Paulo: Boitempo, 2007 (Estado de sítio).

Arendt, Hannah. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10ª Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

Ávila, Humberto. Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. “A democracia e suas dificuldades contemporâneas”. In: Soares, Inês Virgínia Prado; Kishi, Sandra Akemi Shimada (Coordenadoras). Revista Internacional de Direito e Cidadania/Instituto Estudos Direito e Cidadania – v. 1, n. 2, Outubro 2008. – São Paulo, SP: Habilis, 2008.

Branco, Paulo Gustavo Gonet; *Coelho*, Inocência Mártires; *Mendes*, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

Coelho, Inocência Mártires; *Branco*, Paulo Gustavo Gonet; *Mendes*, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

Häberle, Peter. Constituição e cultura – o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional. Tradução do original em alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

.....
..... Os problemas da verdade no estado constitucional – Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Safe, 2008.

Machado, Paulo Affonso Leme. Direito à informação e meio ambiente. São Paulo: Malheiros, 2006.

Mendes, Gilmar Ferreira; *Coelho*, Inocência Mártires; *Branco*, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

Müller, Friedrich. Teoria estruturante do direito. Tradução de Peter Naumann e Euides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Neves, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 2ª Ed., São Paulo: Martins Forense, 2007.

Parron, Tamis. “A cara e a coroa”. Ditadura no Brasil – tudo sobre o regime militar de 1964 a 1985 – especial 40 anos do AI-5. Aventuras na História – tiragem reeditada, 2008.

Repolês, Maria Fernanda Salcedo. Quem deve ser o guardião da constituição? Do poder moderador ao Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

Soares, Inês Virgínia Prado. “Cidadania cultural e direito à diversidade lingüística: a concepção constitucional das línguas e falares do Brasil como bem cultural”. In: *Soares*, Inês Virgínia Prado; *Kishi*, Sandra Akemi Shimada (Coordenadoras). Revista Internacional de Direito e Cidadania/Instituto Estudos Direito e Cidadania – v. 1, n. 1, Junho 2008. – São Paulo, SP: Habilis, 2008.

Supremo Tribunal Federal. Notícias STF, Sexta-feira, 16 de Janeiro de 2009. “O impacto do AI-5 no Brasil no Supremo”, www.stf.jus.br.

Der Supremo Tribunal Federal Brasiliens als jurisdokratische Institution

Nick Oberheiden*

1. Einleitung

Regelmäßig operieren oberste Gerichte im Schnittpunkt von Recht und Politik. Fragen wie Abtreibung, Grenzen der Exekutivgewalt oder Parteiverbotsverfahren weisen in Grenzbereiche zwischen juristischer Verfassungsordnung und politischer Staatsorganisation.

Anders als die intervallisch geführte Diskussion über den Grad der Politisierung des deutschen Bundesverfassungsgerichts¹ oder des U.S. Supreme Court², findet die Debatte um das Selbstverständnis des höchsten brasilianischen Gerichts, dem Supremo Tribunal Federal, vergleichsweise³ unaufgereggt statt.

Die brasilianische Unaufgeregtheit hat verschiedene Gründe. Anders als etwa nordamerikanische Gerichte sind Richter in Brasilien nicht gehindert politisch brisante Fälle zu hören. Förmliche Zuständigkeitsbarrieren wie die US-amerikanische

*political question doctrine*⁴ existieren insoweit nicht. Zudem hat es der Supremo Tribunal wie kaum eine zweite Institution in Brasilien im Laufe seiner traditionsreichen und insbesondere beständigen Geschichte verstanden politischen Turbulenzen und insgesamt sieben Verfassungen institutionell standzuhalten⁵.

Heute besteht, wie das Eingangszitat unterstreicht, nur wenig Zweifel, dass der Supremo Tribunal nicht nur an der Spitze der justiziellen Hierarchie Brasiliens steht, sondern aufgrund seiner Persistenz und bewiesenen Unabhängigkeit zu einem quasi-politischen Faktor in der brasilianischen Demokratie gereift ist.

Diesen Status der jurisdokratischen Sonderrolle des Supremo Tribunal beabsichtigt der vorliegende Beitrag anhand des für *civil law* Länder ungewöhnlichen Präjudiziensystems (II.) sowie anhand einiger exemplarischer Entscheidungen (III.) zu dokumentie-

¹ Winfried Hassemer, Politik aus Karlsruhe?, JZ 2008, S. 1-10; Günter Hirsch, Auf dem Weg zum Richterstaat, JZ 2007, S. 853-858; ausführlich Jutta Limbach, Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor, HFR 1996, Beitrag 12, S. 1 ff.

² Vgl. Winfried Brugger, Verfassungsgerichtspolitik à la USA, ZRP 1987, S. 52 ff.; derselbe, Amerikanische Verfassungstheorie, Der Staat 2000, S. 425 ff.; Louis Henkin, Is there a Political Question Doctrine?, 85 Yale L.J. 1976.

³ Eine wichtige Ausnahme bilden die nach wie vor kontroversen *súmulas vinculantes*, dazu siehe II. infra. m.w.N.

⁴ Für eine Diskussion der *political question doctrine* in den USA siehe Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) sowie United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

⁵ Grundlegend zum Zusammenhang zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstabilität: Winfried Brugger, Verfassungsstabilität durch Verfassungsgerichtsbarkeit? Beobachtungen aus deutsch-amerikanischer Sicht, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994, S. 319 ff.

ren. Eine vergleichende Bewertung (IV.) rundet den Beitrag ab⁶.

2. Der Supremo Tribunal und die Gewaltenteilung: *súmulas vinculantes*

In seiner zivilistischen Tradition besitzt Brasilien kein förmliches Präjudizienystem. Allen Gerichten steht es grundsätzlich frei, unabhängig und abweichend von höheren Gerichten zu entscheiden. Und doch, in der Tradition der portugiesischen *assento*, existiert eine für das kontinentale Rechtsverständnis ungewöhnliche wenn nicht gar befremdliche Ausprägung der anglo-amerikanischen *stare decisis* Lehre: die sog. *súmulas vinculantes*⁷.

Súmulas sind höchstrichterliche, leitsatzähnliche Auslegungen von Gesetzes- und Verfassungsrecht. Diese regelmäßig nicht mehr als wenige Zeilen umfassenden Auslegungsanweisungen spiegeln in stark konzentrierter und systematisierter Form wider, was in Deutschland als „ständige Rechtsprechung“ oder in Frankreich als „*jurisprudence constante*“ bekannt ist.

⁶ Grundlage dieses Beitrages bilden die beiden Werke von Joaquim B. Barbosa, *La cour suprême dans le système politique brésilien*, Paris 1994 sowie *ders., Reflections on Brazilian Constitutionalism* (Kopie in meinem Besitz) sowie Vorträge des Präsidenten des Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, vom Oktober und November 2008 an den Universitäten Harvard und Princeton, USA.

⁷ Eine Darstellung der Geschichte der unverbindlichen *súmulas* sowie deren Gebrauch in anderen Gerichten als dem Supremo Tribunal Federal findet sich bei Keith S. Rosenn, *Civil Procedure in Brazil*, 34 Am.J.Comp.L. 487 (512-514) 1986.

Anders als in diesen Ländern jedoch determiniert die 45. Ergänzung zur Verfassung von 1988 vom 08. Dezember 2004 nunmehr die Verbindlichkeit dieser *súmulas*. Seit 2004 sind sämtliche Gerichte des Landes sowie alle Exekutivorgane an die höchstrichterlichen *súmulas* förmlich gebunden. Der 2004 neu eingefügte Artikel 103-A der Verfassung von 1988 erklärt:

Der Supremo Tribunal Federal soll die Befugnis haben, aufgrund eigener Initiative oder aufgrund von Provokation, bei einer von zwei Dritteln der Mitgliedern getragenen Entscheidung, nach mehrmaligen Entscheidungen in Verfassungsfragen, eine *súmula* zu gestatten, welche, nach Veröffentlichung in einer offiziellen Gazette bindende Wirkung auf die anderen Organe der Rechtsprechung, die direkte und indirekte öffentliche Verwaltung auf Bundes-, Staaten- und Gemeindeebene hat sowie deren Revision oder Aufhebung in einer gesetzeskonformen Art und Weise geschieht.

(1) Gegenstand der *súmulas* soll die Gültigkeit, die Auslegung und die Wirksamkeit spezifischer Normen sein, über die Meinungsstreitigkeiten zwischen einzelnen Gerichten oder zwischen der Rechtsprechung und der öffentlichen Verwaltung bestehen, welche ernsthafte justizielle Instabilität und relevante Vervielfachung von Gerichtsverfahren über die identische Sache nach sich ziehen.

(3) Jeglicher Verwaltungsakt oder juristische Entscheidung, welche gegen ein anwendbares *súmula* verstößt oder es in einer unzulässigen Art und Weise anwendet, soll vor dem Supremo Tribunal Federal angefochten werden, welcher...den Verwaltungsakt oder die richterliche Entscheidung nul-

lizieren und deren Ersetzung je nach Lage des Falles mit oder ohne eine *súmula* beschließen soll.

Die *súmulas vinculantes* gehören zu den umstrittensten Reformen des brasilianischen Rechtssystems der Neuzeit⁸. Gegner sehen die brasilianische Demokratie in einem System in Gefahr, in dem einige wenige Richter Richtern im ganzen Land vorschreiben dürfen wie sie gleich gelagerte Rechtsprobleme zu entscheiden haben. Mit der Erodierung der richterlichen Unabhängigkeit, so das Argument, drohe ein fundamentales Rechts- und Demokratieprinzip zugunsten administrativer Simplifizierung preisgegeben zu werden.

Unterstützung finden diese Gegner einer Etablierung eines formalen Präjudiziensystems in Brasilien in dem Umstand, dass eine Missachtung der Leitsatzbindung nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen im Straftatbestand der unerlaubten Auslegung (*crime de hermeneútica*) münden kann. Dies, so ist zu lesen, sei nicht nur eine unnötige sondern auch äußerst bedenkliche Steigerung der Bindungspflicht gerade auch im Vergleich zum System des *common law*.

Befürworter der Reform bemerken, dass die *súmulas* die derzeit einzig effektive Möglichkeit darstellen,

⁸ Zur Richterrecht-Diskussion in Deutschland vgl. Christian Hillgruber, „Neue Methodik“- Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, S. 745-755; Bernd Rütters, Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte, JZ 2008, S. 446-451.

die enorme Fallflut, die den Supremo Tribunal Federal jedes Jahr erreicht, zu lindern. Mit einer Avalanche von mehr als 100000 neuen Fällen pro Jahr (im Vergleich: der U.S. Supreme Court hört rund 70 Fälle pro Jahr) gilt das oberste brasilianische Gericht als notorisch überlastet⁹. Erst als sämtliche Versuche die Zuständigkeit des Gerichts zu beschneiden parlamentarisch als gescheitert galten, kam die Idee die seit 1964 grundsätzlich unverbindlich formulierten *súmulas*¹⁰ als Mittel der Kontrollierung, Disziplinierung und Harmonisierung der Rechtsprechung weiter auszubauen.

Unabhängig der hier nicht weiter verfolgten Debatte um die Legitimierung entspringen drei wichtige Konsequenzen aus der Befugnis verbindlicher Rechtsauslegung durch den Supremo Tribunal Federal.

Erstens verlässt die brasilianische Verfassung erneut¹¹ das klassische Model Montesquieuscher Gewaltenteilung. Richter des Supremo Tribunal sind legitimiert nicht nur, wie von Montesquieu vorgesehen, vom Gesetzgeber geschaffenes Recht

⁹ Nachweise bei Daniel Brinks, Judicial Reform and Independence in Brazil and Argentina: The Beginning of a New Millennium?, 40 Tex.Int'l L.J. 595, 613-615 (2005); Keith S. Rosenn, Judicial Reform in Brazil, 4 NAFTA Law & Bus.Rev.Am. 19, 24 (1998).

¹⁰ Zur Ausnahme siehe die siebte Verfassungsergänzung der Verfassung von 1969 vom 13. April 1977.

¹¹ Zur Figur des Poder Moderador als „Vierte Gewalt“ unter der Imperialverfassung von 1824 siehe, Nick Oberheiden, Ein Abriss brasilianischer Verfassungsgeschichte (Teil 1), demnächst.

auszulegen; vielmehr erheben *súmulas vinculantes* die obersten Richter zu einer Art Quasi-Gesetzgeber mit der Befugnis Recht selbst zu schaffen.

Dieses Unikum der brasilianischen Verfassung unterstreicht, zweitens, die kontinuierliche Emanzipation Brasiliens von ausländischen Rechtseinflüssen. Waren die Verfassungen von 1824 (Frankreich), 1891 (USA), 1934 (Weimar), 1937 (Polen) sowie 1946 (Westeuropa) in ihrem Kern ein Produkt ausländischer Inspiration, zeigt die Verfassung von 1988 in einer Reihe von Bestimmungen originär brasilianische Rechtsideen, die weder der einen (kontinental-europäischen) noch der anderen (anglo-amerikanischen) Rechtstradition zuzuordnen sind¹². Es empfiehlt Brasiliens Rechtskultur insoweit als hybrid zu qualifizieren.

Drittens muss man die *súmulas* im Kontext mit anderen Prozessmechanismen von vergleichbarer politischer Durchschlagskraft sehen. Weit nachhaltiger als in jedem westlichen Land können brasilianische Richter im Rahmen eines *mandado de segurança* Verfahrens jedes Verfassungsorgan, jede natürliche und jede juristische Person zu einem bestimmten Verhalten zwingen. Bis zur abschließenden Klärung der Streitfrage können Richter mittels des *medida laminar* Instituts den gesamten politischen Prozess paralisieren und so direkten Einfluss auf die inneren Abläufe der

Politik nehmen¹³. Diese Kombination aus prozessualen Druckmitteln und verbindlicher Rechtssprechung weist dem Supremo Tribunal eine nicht zu unterschätzende Schlüsselrolle als Faktor in der brasilianischen Politik zu.

3. "Politische" Entscheidungen des Supremo Tribunal Federal

Drei repräsentative Entscheidungen mögen das politische Selbstverständnis des Supremo Tribunal Federal reflektieren¹⁴: (1.) das Amtsenthebungsverfahren gegen Präsident Collor de Mello sowie der kürzlich entschiedene *caso dos mensaleiros*¹⁵, (2.) die Erklärung der 5%-Klausel für politische Parteien als Parlamentsbarriere als verfassungswidrig sowie (3.) aktuelle Rechtsprechungsentwicklungen im verfassungsrechtlich besonders sensiblen Bereich der Abtreibung und der Stammzellenforschung.

4. Die Amtsenthebung von Präsident Collor de Mello

¹³ Joaquim Barbosa, aaO (Fn 6: "La cour..."), S. 136 f.

¹⁴ Diese drei Fälle repräsentieren eine Auswahl an Entscheidungen, die Ministro Barbosa im Rahmen eines Vortrages in den USA und in persönlichen Gesprächen als besonders „politisch“ vorgestellt hat. Zu den philosophischen, juristischen und kulturellen Rahmenbedingungen dieser und anderer Entscheidungen von erheblichem politischer Bedeutung siehe die ausführliche Analyse bei Joaquim Barbosa, aaO (Fn 6: „La cour...“).

¹⁵ In Anspielung auf das durch monatliche Schmiergelder verursachte Wahlverhalten in den Skandal verwickelter Politiker auch „escândalo do mensalão“ genannt.

¹² Joaquim Barbosa, aaO (Fn 6: "Reflections...").

Ein Meilenstein in der jungen Demokratie Brasiliens ereignete sich kurz nach Inkrafttreten der Verfassung von 1988. Im Jahr 1992 wurde der damalige Präsident Collor de Mello von seinem Bruder Pedro der Korruption bezichtigt. Als sich die Anschuldigungen der Bestechlichkeit und Veruntreuung von Staatsmitteln in besonders großem Ausmaß verdichteten und Journalisten begannen die Korruptionsvorwürfe publik zu machen, kam es zu landesweiten Massendemonstrationen mit teils schweren Ausschreitungen zwischen Anhängern des beliebten Präsidenten und seinen Gegnern.

Dem brasilianischen Kongress mit Hilfe eines speziell gegründeten Investigationskommittees gelang es rasch eine bedrückende Aktenlage gegen Collor vorzulegen. Die Ermittlungen zeigten, dass Präsident Collor nicht nur die Korruptionspraxis einzelner Regierungsmitglieder billigte; vielmehr brachte die Investigation ein ausgeklügeltes Korruptionsnetzwerk zum Vorschein an dessen Spitze Collor selbst mit teils beträchtlichem finanziellen und politischen Vorteilen stand.

Angesichts dieser Aktenlage blieb dem Kongress keine andere Wahl als Präsident Collor im Rahmen eines *mandado de segurança* anzuklagen und mit Erhebung des Amtsenthebungsverfahrens am 28. September 1992 von seinem Amt als Präsident zu suspendieren¹⁶. Gemäß

¹⁶ Brasiliens Verfassung von 1891 etablierte in Artikel 33 die Einzelheiten des Amtsenthebungsverfahrens.

Artikel 86 der Verfassung von 1988 oblag es dem brasilianischen Senat, unter Vorsitz des Präsidenten des Supremo Tribunal Federal, verbindlich zu entscheiden, ob Präsident Collor die vorgeworfenen Amtsverstöße tatsächlich begangen hat und ob er folglich dauerhaft des Amtes verwiesen werden musste.

Mit der offiziellen Einleitung des Amtsenthebungsverfahrens sank die unterstützende Haltung der Anhänger Collors. Der Senat konnte sich fortan auf einen starken Zuspruch der Bevölkerung stützen und damit Collors charismatische Selbstdarstellung als unschuldig angeklagter Volkstribun wirksam entkräften. Was die Bevölkerung an den Ermittlungen gegen Collor mitriss war weniger die Erkenntnis, dass Korruption in Regierungskreisen existierte als vielmehr der Umstand, dass präsidentiale Unantastbarkeit nach Jahren der Diktatur nicht länger selbstverständlich war.

Der Supremo Tribunal spielte von Beginn eine entscheidende Rolle und schloss innenpolitisches Exekutivermessen sofort als mögliche Rechtfertigung Collors aus¹⁷. Das Gericht war sowohl in das juristische Verfahren als auch in die konkreten Ermittlungen gegen Präsident Collor eingebunden. Schließlich war es auch der Supremo Tribunal, das die alles entscheidene

¹⁷ Gerichte gewähren der Exekutive regelmäßig mehr Ermessensspielraum in Fragen der Außenpolitik. Vgl. für Deutschland das Grundlagenvertragsurteil (BVerfGE 36,1), den Hess-Beschluss (BVerfGE 55, 349) sowie die Bodenreformsentscheidung (BVerfGE 84, 90).

Frage zu beantworten hatte: dies war die Frage der Zuständigkeit.

Ein hitziges Gefecht entwickelte sich zwischen Supremo Tribunal und Präsident Collor. Collor bestritt vehement, dass ein Gericht in Fragen politischer Amtsenthebungsverfahren zuständig war. Einen prominenten Fürsprecher unter den neun Richtern des Gerichts fand Collor im Richter Paulo Brossard. Brossard galt als einer der seinerzeit führenden Rechtsgelehrten zu Fragen von Amtsenthebungsverfahren. Seine Stimme, vermuteten Beobachter, würde Einfluss auf seine acht Richterkollegen nehmen. Da Brossard als erklärter Gegner der Einmischung eines Gerichts in politische Fragen galt—eine Haltung, die er in zahlreichen rechtsvergleichenden Untersuchungen zur US-amerikanischen *political question* Doktrin geäußert hatte— galt der Ausgang des juristischen Verfahrens als offen.

Doch Ministro Brossard konnte keinen seiner Kollegen überzeugen. Alle acht verbleibenden Richter bejahten die originäre Zuständigkeit des Gerichts und wiesen den Einwand der Politisierung des Gerichts mit einem geschickten Argument zurück.

Anstatt die von Richter Brossard ins Spiel gebrachte *political question* Lehre zu diskutieren, wählten die Richter eine fintenreiche Alternativstrategie. Eine Klausel in der Verfassung von 1988 garantiert jedem Bürger, der eine Verletzung seiner konstitutionellen Rechte geltend macht, rechtliches

Gehör vor dem Supremo Tribunal Federal. Das Gericht legte diesen Anhörungsanspruch derart aus, dass auch Präsident Collor als Bürger des Landes Brasiliens einen Anspruch auf Gehör und Verteidigung vor dem Gericht besitze. Als Anknüpfungspunkt für eine Verletzung seiner verfassungsrechtlichen Rechte bezeichnete das Gericht Präsident Collors drohende Amtsenthebung.

Als die kritische Frage der Zuständigkeit des Gerichts damit geklärt war und als die Amtsenthebung aufgrund des Ermittlungsergebnisses nur noch eine Frage von Tagen war, sah Präsident Collor keinen anderen Weg als in die politische Offensive zu gehen. Um der Absetzung durch den Senat zuvor zu kommen, entschied sich Collor „aus freier Entscheidung“ als Präsident zurückzutreten. Persönlich wollte Collor damit seine Reputation retten, politisch war er bemüht sich Optionen für ein politisches Comeback offen zu halten. Von diesem Schachzug unbeeindruckt setzte der Senat Collor als Präsidenten ab.

Collor kehrte zurück vor den Supremo Tribunal. Er argumentierte, dass die Freiwilligkeit seines Entschlusses zurückzutreten dem Senat das Recht entziehe ihn für acht Jahre von allen politischen Ämtern auszuschließen. Mit seinem Verzicht, so Collor, ende seine Amtszeit. Eine Strafe gegen ihn als Inhaber des Präsidentenamtes sei damit obsolet und unrechtens.

Erneut bewiesen die Richter Standfestigkeit und entschieden gegen

Collor. Bemerkenswert war das Zusammenspiel zwischen brasilianischen Senat und Supremo Tribunal. Der Senat erkannte die Zuständigkeit des Gerichts an, das Gericht wiederum bestätigte die Entscheidung des Senats, Präsident Collor trotz freiwilligen Verzichts des Amtes zu entheben und von allen politischen Ämtern für eine Dauer von acht Jahren auszuschließen.

Wie ernst es den obersten Richtern um ihre politische Verantwortung ist, belegen die Strafverfahren gegen rund vierzig hochrangige brasilianische Politiker, Gewerkschaftler und Funktionäre, welche im Sommer 2008 nach Jahren der Strafverfolgung beendet wurden. In diesem als „*caso dos mensaleiros*“ bekannten Fall deckten die Richter des Supremo Tribunal ein riesiges Netzwerk aus Korruption und politischen Begünstigungen auf und verurteilten einzelne Angeklagte nach Aktenlage, d.h. ohne Rücksicht auf Rang und Namen. Eine Reihe bemerkenswerter Urteilspassagen unterstrichen dabei das Selbstverständnis des Gerichts nicht nur juristischer sondern auch politischer Hüter der brasilianischen Verfassung zu sein. Die Entscheidungen fanden höchste Anerkennung unter Juristen und, nicht zuletzt, beim brasilianischen Volk¹⁸.

5. Politische Pluralität: 5% - Hürde

¹⁸ Vgl. die Berichterstattung in *Época* vom 03. September 2008 und in *veja* vom 05. September 2008.

Seit Brasiliens Rückkehr zur Demokratie nach Jahren der Militärregierungen und der Einheitsparteien erstarkte Brasiliens Parteienlandschaft in den 1990er Jahren schnell zu alter— insbesondere unter der Verfassung von 1946 gekannter—Vielfalt. Kehrseite dieser parteipolitischen Redemokratisierung war parlamentarische Instabilität. Bei regelmäßig mehr als zwanzig im Parlament vertretenden Parteien entwickelte sich das Finden und die Aufrechterhaltung stabiler parlamentarischer Mehrheiten immer mehr zu einem notorischen Problem.

Um diesen Umstand zu mildern entschied der brasilianische Kongress mit der Mehrheit der konservativen und bürgerlichen Stimmen die Eintrittshürden für politische Parteien in das Parlament deutlich anzuheben. Unter vehementen Protest insbesondere sogenannter kleinerer Parteien wurde ein Anforderungsgesetz verabschiedet, welches 2007 in Kraft treten sollte. Das Gesetz sah vor die Parlamentszugehörigkeit politischer Parteien fortan an eine nationale 5%-Hürde sowie den Gewinn von 2% der Stimmen in mindestens neun der zwanzig Bundesstaaten zu knüpfen.

Kurz vor Inkrafttreten des Gesetzes erreichte die Kontroverse im Dezember 2006 den Supremo Tribunal Federal. Zwei Fragen hatte das Gericht zu klären: erstens seine Zuständigkeit und zweitens die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes.

Hinsichtlich der Zuständigkeit argumentierten die Mehrheitsparteien

vor Gericht, dass die Parlamentszugehörigkeit einer bestimmten Partei bzw. einer Gruppe von Parteien alleinige Angelegenheit des Parlamentes sei und sich der Zuständigkeit eines Gerichts entzöge. Mit dem Hinweis auf die Funktion des Supremo Tribunal als Hüter der brasilianischen Verfassung¹⁹ und Letztentscheider aller verfassungsrechtlich relevanten Rechtsfragen wies das Gericht den Einwand der fehlenden Zuständigkeit freimütig zurück.

Rechtlich interessanter war wie das Gericht die Sachfrage der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes beurteilen würde. Auch hier stützte das Gericht seine Argumentation auf ein allgemeines Verfassungsprinzip, nämlich das Prinzip der politischen Pluralität. Artikel 1 der Verfassung von 1988 stellt in Verbindung mit Artikel 17²⁰ klar, dass „die föderale Republik Brasilien...auf...politischer Pluralität [basiert]“.

Rechtsvergleichend höchst lesenswert offenbarte das Gericht ein fundiertes, glaubhaftes und nachhaltiges Interesse politische und kulturelle Minderheiten schützen zu wollen. Für eine funktionierende Demokratie sei es essentiell, so die Richter, die Meinung aller zu hören, zu kennen und zu respektieren. In diesem *marketplace of ideas* – um die berühmte Metapher des US-Richters Oliver W. Holmes zu ge-

brauchen²¹ - sprach sich das Gericht die Funktion des Schutzgaranten zu.

Von welcher Tragweite diese Aussagen sind zeigt ein Vergleich mit verwandten Entscheidungen in Deutschland, Polen oder Frankreich. Auch in diesen Ländern erkannten die Richter die grundlegende Bedeutung der Meinungsvielfalt und des Minderheitenschutzes für den demokratischen Prozess. Anders aber als die Richter in Brasilien werteten sie die Entfaltung repräsentativer politischer Pluralität als weniger schützenswert als die Aufrechterhaltung stabiler parlamentarischer Verhältnisse.

Eine Stellungnahme des an der Entscheidung beteiligten Richters Barbosa verdeutlicht die Dimension der Entscheidung sowie die enorme Wertschätzung politischer Pluralität in Brasilien. Anlässlich eines Vortrages in Los Angeles schilderte Richter Barbosa den Fall aus der Sicht der Senatorin Heloisa Helena. Helena ist die Vorsitzende der Solidaritätspartei, einer Partei mit lediglich vier Sitzen in einem Kongress von 594 Mitgliedern. Trotz vermeintlicher Aussichtslosigkeit zu gewinnen ließ es sich die Senatorin nicht nehmen im Oktober

¹⁹ So ausdrücklich Artikel 102 der Verfassung von 1988.

²⁰ Artikel 17 der Verfassung von 1988 regelt Grundfragen politischer Parteien im demokratischen Prozess Brasiliens.

²¹ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) (J.Holmes dissenting): „But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.“

2006 für das Präsidentenamt zu kandidieren. Helena gewann auf Anhieb 7% der Stimmen, was bei einer Gesamtbevölkerung von 180 Millionen Brasilianern gleich mehreren Millionen Einzelstimmen entsprach. Diese Stimmen von Millionen von Brasilianern, so Richter Barbosa, drohten ungehört zu bleiben entzöge man Politikern kleinerer Parteien das Parlament als Forum der Meinungsfreiheit.

Ferner dürfe nicht vergessen werden, so Ministro Barbosa weiter, dass auch die aktuelle Regierungspartei, die Arbeiterpartei Brasiliens (*Partido dos Trabalhadores*), als eine Minderheitenpartei begonnen habe. Noch bis in die 1990er Jahre galt die Partei vielen aufgrund ihrer weitreichenden Sozialreformen als extremistische Splitterpartei. Allein dem brasilianischen Kongress als Forum nationaler Aufmerksamkeit habe die Arbeiterpartei ihre politische Präsenz und Profilierung zu verdanken. Wäre die 5% Klausel seinerzeit in Kraft gewesen, die Geschieke Brasiliens, so Ministro Barbosa, hätten einen ganz anderen Verlauf nehmen können.

6. Abtreibung und Stammzellenforschung

Abtreibungsfragen nehmen regelmäßig einen prominenten Stellenwert im rechtsvergleichenden Verfassungsrecht ein²². Seit den 1940er Jahren sind Abtreibungen in

Brasilien grundsätzlich strafbar. Ausnahmen bilden Schwangerschaftsabbrüche als Folge von Vergewaltigungen sowie, ganz allgemein, solche Abtreibungen, die medizinisch indiziert sind um das Leben der schwangeren Mutter zu schützen. Ausdrücklich von diesen Ausnahmeregelungen nicht erfasst sind Abtreibungen zum Wohle des Kindes. Selbst bei eindeutiger medizinischer Prognose legitimieren schwerste Komplikationen wie Lähmungen und Missbildungen beim Embryo keinen Schwangerschaftsabbruch solange die Gesundheit der Mutter nicht tangiert wird.

Brasilianische Mediziner, Juristen, Wissenschaftler, Kirchenvertreter und Politiker diskutieren gegenwärtig eine Abtreibungserweiterung auf Konstellationen schwerster Missbildung bzw. des sicheren Todes des Kindes. Einen Schritt in diese Richtung gingen unlängst einige unterinstanzliche Gerichte im Bundesstaat São Paulo. Sie haben die Auffassung vertreten, dass im Falle einer fötalen Hirnfehlbildung bzw. bei medizinisch unzweifelhafter Todesprognose eine Abtreibung dann verfassungsgemäß ist, sofern eine richterliche Zustimmung zuvor eingeholt werden konnte. Eine klärende Stellungnahme des Supremo Tribunal ist in naher Zukunft zu erwarten.

Eng verwandt und nicht minder kontrovers diskutiert werden Fragen der Stammzellenforschung in Brasilien. Ende Mai 2008 hatte der Supremo Tribunal die Vereinbarkeit der embryonalen Stammzellenforschung mit dem verfassungsrecht-

²² Vgl. nur Winfried Brugger, Abtreibung—ein Grundrecht oder ein Verbrechen? Ein Vergleich der Urteile des U.S. Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1986, S. 896 ff.

lich garantierten Recht auf Leben aus Artikel 5 der Verfassung von 1988 zu entscheiden.

Argument der Gegner der Stammzellenforschung, angeführt von konservativen und religiös geprägten Gruppierungen, war die Wesensähnlichkeit zwischen Stammzellenforschung und Abtreibung. In beiden Fällen würde menschliches Leben vernichtet.

Das Gericht wollte dieser Ansicht nicht mehrheitlich folgen. In einer äußerst knappen, bis zum Schluss offenen 6:5 Abstimmung erklärte das Gericht Stammzellenforschung mit dem Recht auf Leben vereinbar und emanzipierte sich von gesellschaftlichen, politischen und religiösen Erwartungshaltungen im weltweit mitgliederreichsten Land der Katholischen Kirche²³. Ohne auf wettbewerbliche bzw. ökonomische Argumente einzugehen konzentrierte sich die Argumentation der Mehrheitsrichter auf das Potential der Stammzellenforschung Menschenleben zukünftig retten zu können.

7. Zusammenfassende Bewertung

Rechtssetzungsbefugnisse in Form der *súmulas vinculantes*, Zuständigkeitsansprüche in politischen Verfahren wie dem Amtsenthebungsverfahren gegen Präsident Collor oder im *caso dos mensaleiros*, das Auftreten als

Schutzgarant politischer Pluralität sowie die Befürwortung embryonaler Stammzellenforschung— in größerem Ausmaß und unverschlüsselter als anderswo präsentieren sich Richter des Supremo Tribunal Federal als politische Entscheider.

Das Urteil gegen Präsident Collor verdeutlicht, dass eben doch nicht „alles in einer Pizza endet“ um ein geläufiges brasilianisches Sprichwort zu zitieren²⁴. Mit der Ermittlung gegen einen äußerst beliebten Präsidenten haben die (teilweise von diesem Präsidenten ernannten) Richter nicht nur die Verbürgung der Unabhängigkeit der Justiz als *cláusula pétrea* verteidigt, sondern auch ein Zeichen gegen den hyperthropischen Status der Exekutivgewalt gesetzt. Diese Unerschrockenheit politisch Einfluss zu nehmen unterstreichen genannte Verurteilungen hochrangiger Politiker.

Der „politische“ Charakter hat mehrere Gründe. Erstens provoziert die Verfassung von 1988 politische Verfahren geradezu, indem sie die Aktivlegitimation für Verfahren vor dem Supremo Tribunal selbst im Vergleich zu Vorgängerverfassungen noch einmal erweitert. Nicht nur oberste Verfassungsorgane wie der Präsident der Republik, Mehrheitsvertreter des Senats oder der Abgeordnetenkammer, der Generalbundesanwalt oder die Gouverneure der zwanzig brasilianischen Bundesstaaten haben verfassungsrecht-

²³ Welchen Einfluss der „Faktor Katholische Kirche“ in Brasilien spielte beschreibt Edwin Williamson, *The Penguin History of Latin America*, S. 180 ff.

²⁴ Nach diesem Sprichwort folgt auf jedem Streit eine Versöhnung der Streitparteien mit einer Pizza - ein Tribut an den starken Strom italienischer Einwanderer in den Süden Brasiliens.

liches „Standing“; vielmehr sind auch Gewerkschaften, politische Parteien mit mindestens einem Abgeordneten oder auch die brasilianische Bundesrechtsanwaltskammer legitimiert Verfahren vor dem Supremo Tribunal Federal (in erster Instanz) einzuleiten²⁵. Wie alleine der 5%-Klausel Fall illustriert, zwingt die Natur dieser Organisationen den Supremo Tribunal nahezu unweigerlich zu politischen Stellungnahmen.

Zweitens bringt die Funktion als erstinstanzliches Strafgericht gegen Verfassungsorgane (Art. 102 I b,c der Verfassung von 1988) sowie als eine Art Vermittler in innen- und außenpolitischen Belangen (Art. 102 I e,f der Verfassung von 1988) das Gericht in die Nähe politischer Verfahren²⁶. Auch in Deutschland nehmen Gerichte diese Aufgaben als Teil der Justizpflege wahr. Anders aber als in Brasilien konzentriert sich diese Zuständigkeit jedoch nicht in einem Gericht, dem Supremo Tribunal, sondern erstreckt sich auf eine Vielzahl von Oberlandesgerichten, vgl. nur § 120 GVG.

Drittens übertragen angesprochene prozessuale Befugnisse wie *súmulas vinculantes* oder einstweilige Maß-

nahmen wie das *medida liminar* brasilianischen Gerichten in Deutschland nahezu unvorstellbare Mechanismen der Einflussnahme und Gestaltung— des Rechts aber auch der Politik. Wie die erwähnten Verfahrenszahlen vor dem Supremo Tribunal Federal belegen sind sich brasilianische Kläger dieser Möglichkeit der direkten Einflussnahme auf unbeliebte legislative oder exekutive Entscheidungen nur allzu bewusst. Regelmäßig drängen diese Verfahren die Ministros des Supremo Tribunal Federal zwischen den Schutz des Einzelnen und die Macht der Politik.\

²⁵ Zur Zuständigkeit des Supremo Tribunal Federal siehe Artikel 102 der Verfassung von 1988.

²⁶ Zu Recht bezweifelt Keith S. Rosenn, *Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society*, 38 *Am.J.Comp.L.* 773 (788, Fn 59) (1990) den Sinn dem STF originäre Zuständigkeit für internationale Auslieferungsanträge und Rechtshilfeersuchen zu geben. Beide Verfahren sind äußerst zeitintensiv und verlangsamen den eigentlichen Arbeitsauftrag der Richter am STF, nämlich Fragen der Verfassungsmäßigkeit bzw. Rechtsprobleme die Verfassungsorgane betreffend zu lösen, nur zusätzlich.

