

Mitteilungen der Deutsch - Brasilianischen Juristenvereinigung

WWW.DBJV.DE

**Heft 1 / 2010 (28. Jahrgang)
April 2010**

Inhalt

Kapitalmarktrecht im Zeichen der Krise – Bericht der XXVIII. Jahrestagung der DBJV (Fabian Böttger, LL.M. et alii).....	1
Vorankündigung der XXIX. Jahrestagung der DBJV.....	11
Zur aktuellen Widerkehr der Amazonasfrage – (Prof. Prof. h.c. Wolf Paul).....	11
Situações jurídicas coletivas passivas (Fredie Didier Jr.).....	18
Um Panorama histórico das Constituições Brasileiras (de 1824 a 1988) e a influência de Constituições Estrangeiras no Consti- tucionalismo brasileiro (Fernanda Emília Cota Campos).....	27
Neues Schrifttum zum brasilianischem Recht (Andreas Grünewald).....	37

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.

Kapitalmarktrecht im Zeichen der Finanzkrise

Bericht von der XXVIII. Jahrestagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung

Fabian Böttger, LL.M. (Gesamtredaktion),
USP/LMU-Studenten Jahrgang 2009/2010*

I. Vorbemerkung

Die Jahrestagung der Deutsch-brasilianischen Juristenvereinigung (DBJV)¹ fand vom 05. bis 08. November 2009 in Frankfurt am Main statt. Thema der Tagung war dem Tagungsort und den aktuellen Umständen entsprechend das „Kapitalmarktrecht im Zeichen der Finanzkrise“. Die internationale Finanzkrise, die Brasilien und Deutschland auf unterschiedliche Weise getroffen hat, bot reichlich Stoff für die kenntnis- und facettenreichen Vorträge der Referenten und für kontroverse Diskussionen. Als Tagungsort hatte die Goethe-Universität Frankfurt ihr Gästehaus zur Verfügung gestellt, das den Teilnehmern die Möglichkeit bot, sich mittags vor Ort zu stärken.

Eröffnet wurde die 28. Jahrestagung durch die Begrüßung der Teilnehmer durch den Vorsitzenden der

DBJV, *Dr. Jan Curschmann*, und den brasilianischen Generalkonsul in Frankfurt, *Cezar A. de Souza Lima Amaral*.

Die Organisation der rundum gelungenen Tagung hatten *Dr. Mathias Hartard* und *Dr. Bernhard Lippsmeier* übernommen. Ein besonderer Dank gilt *Prof. Wolf Paul*, der das Treffen an diesem schönen Tagungsort ermöglicht hat.

Nach den Vorträgen am Freitag konnten sich die Teilnehmer abends im rustikalen Weinkeller „Villa Vinum“ am Buffet stärken und die Diskussionen fortsetzen. Nachdem die Referenten die Banken rechtlich unter die Lupe genommen hatten, konnten die Teilnehmer beim Besuch des Commerzbank-Towers am Samstag eine Bank architektonisch von innen begutachten, wobei insbesondere der Blick über die Frankfurter Skyline von der Vorstandstoilette und vom Dach Eindruck machte. Am selben Abend bot sich in modernem Ambiente bei „Emma Metzler“ nach dem festlichen Abendessen bei brasilianischer Musik und Wein die Gelegenheit zum Tanz und zu weiteren Gesprächen.

*Der Gesamtredakteur arbeitet als Rechtsanwalt in München. Die einzelnen Autoren sind brasilianische Studenten, die an dem Austausch zwischen der Universidade de São Paulo (USP) und der Ludwig Maximilians Universität München (LMU) teilnehmen.

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

II. Vorträge

1. Prof. Dr. Peter Sester, Karlsruhe: Gemeinsame Entwicklungslinien des deutschen und brasilianischen Kapitalmarktrechtes (Gabriel Soares Queiroz, Marcelo Queiroga)

Im Eröffnungsreferat beschäftigte Prof. Dr. Peter Sester sich mit einer vergleichenden Analyse der Entwicklungen im brasilianischen und deutschen Kapitalmarktrecht. Zunächst erfolgte ein vergleichender Überblick über die Regulierung und die Behörden im Bereich des Kapitalmarktrechtes. Zweitens wurde die Entstehung des Kapitalmarktrechtes in Brasilien zusammengefasst. Drittens wurde die Rolle der Schiedsgerichtsbarkeit im brasilianischen Kapitalmarktrecht genauer analysiert.

Im Bereich der Kapitalmarktregulierung betonte Prof. Sester, dass in Deutschland die parlamentarische Gesetze und die Finanzmarkt-Richtlinien und -Verordnungen der EU dominieren. Im Gegensatz dazu basiert die Kapitalmarktregulierung in Brasilien auf dem Kapitalmarktgesetz und den Instruktionen der CVM (Comissão de Valores Mobiliários). Im Vergleich zu den deutschen parlamentarischen Gesetzen beeinflussen die brasilianischen Regelungen der CVM schneller den Markt. Obwohl es das Kapitalmarktgesetz gibt (Gesetz 6385/1976), spielen die Instruktionen der CVM eine ganz wichtige Rolle in der so genannten regulierten Selbstregulierung (BMF und Bovespa). Wenn man die Bundesanstalt für

Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) und CVM organisatorisch vergleicht, kann man feststellen, dass die BaFin eine geringere Unabhängigkeit von der Politik hat als die CVM, weil Personal mit Praxiserfahrung kaum zu Verfügung steht.

Prof. Sester fasste im Folgenden die Entstehung des Kapitalmarktrechts in Brasilien zusammen. Seit der 70er Jahren spielt die Bovespa die Spitzrolle auf dem brasilianischen Kapitalmarkt. Zuvor war die Börse vom Rio de Janeiro die wichtigste in Brasilien. In dieser Zeit war das Ziel der Regulierung die Verbesserung der Liquidität und der Corporate Governance geworden. Am Ende der 80er und Anfang der 90er Jahren gab es in Brasilien eine starke Wirtschaftskrise. Diese Situation hat sich erst durch die Finanzmarktentwicklung geändert, d.h. die makro-ökonomischen Reformen des Plano Real und die damit zusammenhängenden Massnahmen, die Privatisierungen leichter und schneller ermöglichten. Es gab allerdings noch einmal eine ökonomische Krise.

Die Einrichtung des Novo Mercado führte am brasilianischen Aktienmarkt zu einer Wiedergeburt. Ende 2000 wurde der Novo Mercado von der Bovespa lanciert und 2002 eröffnet. Bei Wahl des Zeitpunkts der Eröffnung hat Bovespa Pech gehabt, wegen der argentinischen Krise und dem 11. September in New York. In diesem Zusammenhang ist eine Migration hinsichtlich der Segmentierung des Aktienmarktes zu beobachten. Es bestehen ein traditioneller Markt

mit gesetzlichen Mindeststandards und der Novo Mercado als höherer Level mit mehr Transparenz und besserer Corporate Governance. Außerdem ist ein Änderungsgesetz in Kraft getreten, um das Projekt der Bovespa zu unterstützen und Insider Trading als Verbrechen zu definieren. In Hinsicht auf die aktuelle Wirtschaftskrise ist zu bemerken, dass die Effekten in Brasilien viel schwächer als in Deutschland gewesen sind. Die Aktien der Bovespa sind am Ende 2008 und Anfang 2009 schon gestiegen, und die Krise in Brasilien ist schon seit einigen Monaten vorbei.

Das Schiedsgesetz 1996 gewährleistet zusätzliche Sicherheit für Investoren. Ziel dieses Gesetz ist die Entwicklung der Rechtsordnung und der Corporate Governance. Schiedsgerichtsbarkeit im Kapitalmarkt fördert die Durchsetzung der Normen, weil eine langsame Justiz die Entwicklung des Marktes verhindern kann. Schiedsgerichtsbarkeit ist ein möglicher Weg, sodass Unternehmen nicht immer an einem solchen langsamen Verfahren teilnehmen müssen. Im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit auf dem Kapitalmarkt gibt es die so genannte CAM (Câmara de Arbitragem do Mercado). Die CAM ist für die auf den Kapitalmarkt bezogene Streitigkeiten zuständig. Zurzeit haben schon 130 Gesellschaften an Schiedsverfahren der CAM teilgenommen. Das zeigt die Absicht, die Streitigkeiten durch Schiedsgerichtsbarkeit zu lösen. Im Bereich des Verfahrensrechts der CAM ist es zu erwähnen, dass es eine Liste von 31 Schiedsrichtern gibt, die für

ein CAM-Schiedsverfahren tätig sind. Es ist aber keine exklusive Liste

Prof. Sester betonte, dass es auch bemerkenswert sei, dass eine Publikationspflicht der CAM bestehe. Bis jetzt wurde aber keine Entscheidung veröffentlicht.

In der Diskussion vertrat Prof. Calixto Salomão die Meinung, dass nicht den Inhalt aller Entscheidungen, sondern nur der „Ementário de Jurisprudência“ veröffentlicht werden müsse. Es müssten alle finalen und konsolidierten Entscheidungen publiziert werden. Bis jetzt gebe es keine solchen Entscheidungen und daher sei noch nichts publiziert worden.

2. Dr. Otavio Yazbeck: Regulierung und Selbstregulierung im brasilianischen Kapitalmarktrecht (Tasso Cipriano)

Der Vortrag von Otavio Yazbeck befasste sich mit der Rolle der Selbstregulierung im brasilianischen Kapitalmarkt. Die Idee einer Regulierung steht dabei grundsätzlich im Gegensatz zum Konzept einer freien Marktwirtschaft.

Nach dem Bretton-Woods-Abkommen insbesondere in den 70er und 80er entstand ein Diskurs über Entstaatlichung und Deregulierung, wonach die Wirtschaftssubjekte in der Lage sind, neue Produkte ohne Regulierung zu entwerfen: Kapitalisierung bzw. Verbriefung statt Kreditderivaten bzw. Fundierung. Da Brasilien von der internationalen Finanzszenerie ausgeschlossen

wurde, um die Marktwirtschaft zu rekonstruieren, insbesondere um die Transparenz zu regeln und finanzielle Stabilität zu erreichen, waren im Gegensatz zu den anderen Ländern spezielle Einrichtungen in Brasilien erforderlich.

Die Selbstregulierung ist eine künstliche, außerstaatliche Regulierungsart, die einen Selbstregelungsmechanismus, eine Selbstverwaltung- und die Selbstzwangsvollstreckungsfähigkeit umfasst. Ihre Rechtsnatur wird in Brasilien als eine komplexe Verflechtung zwischen privaten (spanisches Leitbild) und staatlichen (englisches Leitbild) Bereichen gekennzeichnet. Typisches Beispiel ist das Gesetz Nr. 6.385 von 7.12.1976, das verschiedene Arrangements beinhaltet. Es regelt den „Mercado de Valores Mobiliários“ (d.h. den „Mercado de bolsa“, namentlich die „Bolsa de Valores e Mercadorias de Bens e Futuros“ – BM & FBOVESPA, die brasilianische Börse, sowie den „Mercado de balcão organizado“) und begründet die „Comissão de Valores Mobiliários“ (CVM). Ein zweites Beispiel in Brasilien, das typisch für Selbstregulierung ist, ist das „Sistema Brasileiro de Pagamentos“ (SBP), das brasilianische Zahlungssystem. Es hat aber nichts mit der CVM zu tun und ist im Gesetz Nr. 10.214 von 27.03.2001 geregelt.

Am Ende des Referats wurden erstens das brasilianische Programm „PROER“ („Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional“) und seine entsprechende

Anwendbarkeit in Deutschland diskutiert, zweitens die Haftung von Unternehmen, Geschäftsführung und Aufsichtsorganen sowie drittens die negativen makroökonomischen Effekte der Marktregulierung in der Krise.

3. Tanja Pfitzner, Frankfurt: Organhaftung/Bankiershaftung im deutschen Recht (Renato Luiz de Paula Sousa Junior, Gabriel Teodoro de Oliveira)

Die Rechtsanwältin Tanja Pfitzner LL.M. Frankfurt referierte zu der Haftung der Organe und Bankiers im deutschen Recht.

Zuerst beleuchtete die Referentin, dass nach deutschem Recht die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder persönlich haften, wenn sie ihre Pflichten verletzen (§§ 93 II, 116 AktG oder §34, 41 GenG). Der Schwerpunkt der Haftungsfälle im Bankgewerbe beruht bislang auf Fehlern bei der Kreditvergabe und bei Anlagen in Wertpapieren. In besonders schweren Fällen kommt eine Haftung nach Deliktsrecht im Betracht. Denkbar ist insbesondere eine Haftung wegen Betrug/Untreue gegenüber den Anlegern, Untreue gegenüber der Bank und sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gegenüber beiden.

Zweitens wurden Anspruchsinhalt und Durchsetzung erklärt. Der Verzicht einer Aktiengesellschaft auf Schadensersatzansprüche gegen den Vorsitzenden ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 93 IV S. 3 AktG, erst nach Ablauf von drei Jahren und nur mit Zustimmung der

Hauptversammlung, zulässig. Sofern die Durchsetzung nicht durch Gläubiger erfolgt, obliegt sie bei Ansprüche gegen den Aufsichtsrat dem Vorstand und bei Ansprüche gegen den Vorstand dem Aufsichtsrat. Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Aufsichtsrat grundsätzlich zur Durchsetzung der Ansprüche verpflichtet.

Frau Pfitzner stellte danach fest, dass solche Ansprüche vor Schiedsgerichten wie vor den ordentlichen Gerichten durchgesetzt werden können. Tatsache ist, dass die Parteien sich oft für die Schiedsgerichtsbarkeit entscheiden, aufgrund der Nichtöffentlichkeit des Verfahrens.

Auch das am 05.08.2009 in Kraft getretene, so genannte Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) wurde diskutiert. Am Ende hat die Referentin einige Beispiele von Fällen der Praxis dargestellt.

4. Prof. Dr. Calixto Salomão Filho: Haftung von Geschäftsführung und Aufsichtsorganen in Brasilien (Marina Ganzarolli)

In seinem Vortrag hat Prof. Calixto Salomão die Haftung von Geschäftsführung und Aufsichtsorganen in Brasilien analysiert. Prof. Salomão vertrat die Auffassung, dass diese Haftung im Zusammenhang mit der gesellschaftlichen Strukturen zu verstehen sei, da eine Trennung in der Analyse weder möglich noch ratsam sei. Um das Thema besser zu verstehen muss

man die ökonomischen Strukturen verstehen. Man muss außerdem erkennen, die Macht sowohl innerhalb als auch außerhalb der Gesellschaften konzentriert sei.

Im ersten Teil des Vortrags wurde das Verhältnis zwischen Marktstrukturen und Haftung betrachtet. Nach Prof. Salomão sei die Konzentration der ökonomischen Macht für die Änderung in der Art und Weise der Betrachtung des Begriffes der Haftung verantwortlich. Obwohl der Novo Mercado die brasilianische Rechtswirklichkeit im Bereich des Kapitalmarktrechts entscheidend geändert hat, haben diese Änderungen die wirtschaftliche Realität noch nicht beeinflusst. Infolgedessen ist die wirtschaftliche Realität in Brasilien noch stark konzentriert.

Im zweiten Teil des Vortrags hat Prof. Salomão die Regeln der Haftung der Geschäftsführer und Aufsichtsräte in Brasilien vergleichend analysiert. Einerseits sei die Haftung der Geschäftsführer professionell. Infolgedessen seien die Tatbestände der von einem Geschäftsführer begangenen Pflichtverletzung viel präziser definiert, was eine künftige notwendige Sanktion ermöglicht. Die Geschäftsführer werden von der Haftung durch business judgement rules befreit und müssen das Geschäftsrisiko übernehmen. Andererseits sei die Haftung der Aufsichtsräte nicht professionell und näher an der Haftung der Unternehmen. Der Aufsichtsrat wird daher nicht von der Haftung nach business judgement rules befreit.

Im dritten Teil des Vortrags stellte Prof. Salomão vier mögliche strukturelle Änderungen vor. Im Falle von Machtkonzentration reichen die Regeln der Haftung von Geschäftsführern und Aufsichtsräten nicht. Der Missbrauch wird so häufig, dass es nicht mehr als einen Missbrauch, sondern als ein rationales Verhalten angesehen wird. Die folgenden strukturellen Änderungen seien aus diesem Grund notwendig:

- Erstens sollten Minderheitsaktionäre mehr Stimmen in den Entscheidungen der Gesellschaften haben, so dass die Machtkonzentration schwächer wird.
- Zweitens sollte die Justiz in Brasilien schneller und effektiver sein. Das Schiedsgerichtsbarkeit sollte häufiger als alternatives Mittel benutzt werden.
- Drittens sollte der Aufsichtsrat nicht in den wichtigen Entscheidungen eine Stimme haben (wählen dürfen).
- Viertens, die Rechtsordnung als ganzes soll sich mit der Behandlung der Macht beschäftigen, da es ein Problem für verschiedene Rechtsbereiche darstellt.

**5. Robert Elsen, Frankfurt:
Insiderhandel und Marktmissbrauch im deutschen Recht
(Luiza Salata, Marcelo Shima)**

Auf informative und plastische Weise brachte Robert Elsen, seit Februar 2002 Referent bei der BaFin im Referat für Wertpapierverkaufsprospekte, den Teilneh-

mern der Tagung das Wesen der deutschen Ordnung zur Kampf gegen Insiderhandel näher. Er hat zusätzlich die Funktion der BaFin dargestellt und die Regeln, die auf den Insiderhandel in Deutschland verwendet werden, besprochen.

Grundlage ist die Richtlinie 2003/6/EG der Europäischen Kommission (die sog. Marktmissbrauchsrichtlinie) vom 28. Januar 2003. Das Ziel dieser (Rahmen-) Richtlinie ist der Kampf gegen Marktmissbrauch und Insiderhandel. Sie sieht nach Herrn Elsen den Marktmissbrauch zum einen in Insider-Geschäften, zum anderen in der Marktmanipulation. Sie beansprucht Geltung für alle Geschäfte mit zugelassenen Finanzinstrumenten, unabhängig davon, ob diese auf einem geregelten Markt erfolgen. Schließlich verpflichtete die Richtlinie jeden Mitgliedstaat zur Benennung einer einzigen Regulierungs- und Aufsichtsbehörde. Diese müsse gewisse Mindestaufgaben bei der Bekämpfung von Insider-Geschäften und Marktmanipulation erhalten.

Anschließend hat er auch bezüglich der Entstehungsgeschichte über die dreistufige Entwicklung (sog. Lamfalussy-Verfahren) gesprochen, die von jedem Mitglied der EU gefordert wurde. Die erste Stufe war der Aufbau des verfahrensrechtlichen Hintergrunds (Rahmenrichtlinie). Zweck diese Phase war die Entwicklung eines transparenten Verfahrens. Der inhaltliche Hintergrund dieser ersten Stufe ist der Aktionsplan für Finanzdienstleistungen (FSAP).

Die zweite Stufe des Lamfalussy-Verfahrens haben eine Reihe von Richtlinien gebildet: Richtlinie 2003/ 124/ EG, Richtlinie 2003/ 125/EG und Richtlinie 2004/72/EG. Die erste ist besonders hervorzuheben, weil sie die Begriffsbestimmung und die Veröffentlichung von Insider-Informationen und die Begriffsbestimmung der Marktmanipulation beinhaltet. Außerdem war Teil dieser Phase die Verordnung (EG) Nr. 2273/2003 und der sog. „Final Advice“. Allgemein gesagt wurden auf dieser Stufe die technischen Maßnahmen zur Entwicklung des Marktschutzes festgelegt.

In Hinblick auf die dritte Stufe des Verfahrens kommt der Prozess der Auslegung der Richtlinie, die später veröffentlicht wird (www.cesr-eu.org). Das ist ein bedeutender Teil des gesamten Verfahrens, weil nur damit die Regulierung in der Gemeinschaft konkret durchgeführt werden kann. Jedes Land hat jedoch einen weiten Auslegungsspielraum. Die deutsche Umsetzung erfolgte durch das Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes (AnSVG) aus dem Jahr 2004.

Die letzte Stufe ist dann die sog. enforcement-Stufe. Hier soll sich jeder Bürger die Vorschriften zu Nutzen machen können. Diese Regeln sind für die BaFin die Basis für die Aufsicht über Banken und Finanzdienstleister, Versicherer und den Wertpapierhandel.

Vor diesem Hintergrund erklärte Robert Elsen einige Begriffe der Marktmissbrauchsrichtlinie, wie

beispielsweise Marktmanipulation und Insiderhandel. Er erläuterte auch, wann eine Tat strafbar ist und die jeweiligen Strafen. So wird mit Geldbuße oder bis zu 5 Jahre Haft bestraft, wer besondere Marktinformationen einem Dritten zur Verfügung stellt.

Am Ende des Vortrags hat Robert Elsen die Leistung der BaFin in dem Jahr 2009 gewürdigt. Der Grund für den Erfolg sei ihm zufolge, dass eine Kooperation von verschiedenen Organen (z.B. Börse, Banken, Unternehmen) vom ganzen Deutschland für die Überwachung des Finanzmarkts eingeführt wurde. Infolgedessen hat die Menge von Fällen von Marktmissbrauch oder Insiderhandel 2009 auffällig zugenommen. Auf die Frage einer der Teilnehmer, wie viele Fälle es durchschnittlich pro Jahr gebe, sagte Robert Elsen, dass es mehr als 100 Fälle (was eine ziemlich starke Zunahme indiziere) in den letzten 2 Jahren gegeben habe. Nur ca. 25 Fälle haben zu einem Gerichtsverfahren geführt.

Ein Thema, das während des Vortrages und besonders bei der Diskussion mehrmals angesprochen wurde war die Rolle, die die BaFin für die Auswirkungen der Finanzkrise in Deutschland gespielt habe. Die Diskussion zwischen dem Vortragenden und den Teilnehmern, die in die kontroverse und empfindliche Probleme berührte, ist allerdings nicht zu einem Abschluss gekommen.

6. Prof. Dr. Nelson Eizirik, Rio de Janeiro: Insiderhandel und

Marktmissbrauch im brasilianischen Recht (Bruna Pretzel)

Herr Dr. Nelson Eizirik, Mitgründer der Rechtsanwaltskanzlei Carvalhosa e Eizirik in Rio de Janeiro, referierte zu dem Verbot des Insiderhandels und sonstigen rechtlichen Aspekten zu diesem Thema in Brasilien.

Die brasilianische rechtliche Behandlung des Insiderhandels basierte auf der Regelung der Vereinigten Staaten, insbesondere auf der amerikanischen gerichtlichen Auslegung – den so genannten leading cases – der einschlägigen Gesetze. Der Begriff des Insiderhandels, der ebenso nach US-amerikanischem Recht in Brasilien eingeführt wurde, bezieht sich auf den Wertpapiermarkt. Insiderhandel im Sinne der brasilianischen Regelung bedeutet die Benutzung vertraulicher Informationen, d.h. bevor jene Informationen öffentlich bekannt werden. Der Insiderhandel setzt außerdem die Benutzung von relevant information (Insiderinformationen) voraus. Insiderinformationen sind geeignet, bei ihrem öffentlichen Bekanntwerden den Börsen- oder Marktpreis der Papiere eines Wertpapieremittenten erheblich zu beeinflussen.

Für das Insiderhandelsverbot sind wirtschaftliche und ethische Gründe zu nennen. Zu den wirtschaftlichen Gründen gehören Markteffizienz, Gleichheit im Zugriff auf Informationen und die Betrachtung der Information als corporate asset (Gesellschaftsvermögen). Es ist zudem ethisch verwerflich, durch einfa-

chen Zugriff auf vertrauliche Informationen sowie durch ihre Benutzung Gewinne zu machen. Um den Insiderhandel zu verhindern, gibt es zunächst präventive Maßnahmen wie die im brasilianischen Gesetz Nr. 6.404 (Aktiengesellschaftsgesetz) vorgesehene Treue- sowie Informationspflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft. Darüber hinaus können repressive Vorschriften wie zivilrechtliche Schadensersatzpflicht, verwaltungsrechtliche Sanktionen und sogar Strafbarkeit effektiv sein, wobei sich die Effektivität der repressiven Strategie in Brasilien auf verwaltungsrechtlicher Ebene durch die Tätigkeit der CVM zeigt. Die nicht technisch orientierte und oft unwirksame Zivilgerichtsbarkeit erschwert die Schadensersatzhaftung bei Insiderhandel, während die Strafbarkeit dieser Handlung in der brasilianischen Regelung erst kürzlich eingeführt wurde.

Es lässt sich die Tendenz der Rechtsprechung bemerken, den Begriff des Insiders zu erweitern: er muss nicht notwendigerweise zur Verwaltung der Aktiengesellschaft gehören, sondern kann außerhalb der Gesellschaft tätig sein und trotzdem Zugriff auf vertrauliche Informationen haben, in welchem Fall er market insider genannt wird. Dies zeigt wiederum die Entwicklungstendenz vom Gesellschaftsrecht zum Kapitalmarktrecht.

Artikel 157 § 4 des brasilianischen Aktiengesellschaftsgesetzes sieht die Informationspflicht der Verwaltung hinsichtlich erheblicher Informationen (die imstande sind, den Preis der Wertpapiere zu beeinflus-

sen) vor. In der Praxis ist es problematisch zu bestimmen, ob eine Information in diesem Sinne erheblich ist. Wenn das Bekanntwerden jener Informationen das Gesellschaftsinteresse beeinträchtigen würde, darf die Verwaltung sie nicht veröffentlichen, obwohl sie in diesem Fall nicht dem eigenen Interesse der Verwalter dienen dürfen. Dieses Verbot entspricht gemäß Art. 155 § 4 der Treuepflicht der Verwaltung gegenüber der Aktiengesellschaft.

Es wird diskutiert, welche Partei die Beweislast bei einer Insiderhandelsklage hat. Bei einem primären Insider (d.h. ein Insider, der zur Gesellschaftsverwaltung gehört) besteht nach h.M. die Annahme, dass er Zugriff auf Informationen aufgrund seiner Tätigkeit hatte; deshalb hat er die Beweislast. Andererseits hat die Klagepartei die Beweispflicht gegenüber einem Marktinsider, welchen die erwähnte Annahme nicht trifft.

Das strafrechtliche Verbot des Insiderhandels wurde 2001 durch eine Änderung des Aktiengesellschaftsgesetzes eingeführt und betrifft ausschließlich primäre Insider, die gesetzliche Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft haben. Die überzogene vorgesehene Geldstrafe, die das Dreifache der durch Insiderhandel erworbenen Gewinne erreichen kann, führt oft zu ihrer Nichtanwendung.

7. Prof. Dr. Katja Langenbucher, Frankfurt: Zukunft des Kapitalmarktrechtes (Thamy Kawai Marcos)

Prof. Dr. Katja Langenbucher, Professorin für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Bankrecht im House of Finance der Goethe-Universität Frankfurt, untersuchte in ihrem Vortrag "Zukunft des Kapitalmarktrechtes" die Ursachen der heutigen Finanzkrise und zeigte Lösungen für die Weiterentwicklung des Kapitalmarkts auf.

Die Krise, die in der Mitte des Sommers 2007 begann, beruht nach Prof. Langenbucher auf der Finanzierungspraxis der Banken. Aufgrund der leichten Finanzierung beim Erwerb von Immobilien entwickelte sich in den USA ab den späten 90er Jahren auch ein großer Markt für verbrieftete Immobilienkredite. Banken erwarben einen Anteil an verbrieften Hypotheken, die sie an den Kapitalmärkten in Form von MBS (Mortgage-backed securities) und CDOs (Collateralized Debt Obligations) weiterverkauften. Prof. Langenbucher beschrieb, wie diese Wertpapiere immer wieder neu strukturiert (in Form von senior debt, mezzanine und equity-Tranchen) und dann an Investoren weiter gegeben wurden. Investoren interessierten sich für diese komplexen und riskanten Wertpapiere, weil diese nach der Auffassung der Rating-Agenturen eine hohe Bonität – oft AAA – aufwiesen und höhere Renditen erwirtschafteten als andere vergleichbare Produkte. Erst nach dem Platzen der Immobilienblase wurde offenbar, dass die Kre-

dite nicht ausreichend gesichert waren, was zu den Milliardenverlusten der Banken führte.

Ein weiterer Grund für die Krise ist der Standortwettbewerb, der zu fehlender Regulierung und Datenerhebung („Schönwettermodelle“) führte. Darüber hinaus brachte die Bilanzierung nach IFRS (International Financial Reporting Standards) negative Folgen mit sich. Probleme bei der Anreizstruktur seien unter anderem die unklaren Renditeerwartung von (institutionellen) Anlegern und der Umstand, dass der Markt für Finanzprodukte einem „market for lemons“ ähnelt, der Produkte schlechter Qualität anzieht, weil hierfür noch durchschnittliche Preise erzielt werden können.

Als Lösung in Bezug auf die Regulierung im Standortwettbewerb schlug Prof. Langenbucher vor, das Bankaufsichtsrecht zu ändern und eine zentrale EU-Aufsichtsbehörde zu schaffen. Teil des gegenwärtigen Reformpakets seien der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zu Hedgefonds und Zweckgesellschaften und die Verordnung der EU-Kommission zu Rating-Agen-

turen. Vor allem Fragen der Transparenz, Finanzierung und Qualitätssicherung seien wichtig. Außerdem könnte man die zweifelhafte Anreizstruktur verändern, u.a. durch eine andere Managervergütung und andere Haftungsregeln, die Gegenstand des Gesetzes zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 18. Juni 2009 sind.

In der lebhaften, zeitweise hitzigen Diskussion wurde insbesondere die Möglichkeit erörtert, Grenzen für die Größe von Banken festzulegen, um eine „too big to fail“-Situation zu verhindern. Umstritten war auch, wie die Bilanzierung geregelt werden sollte, um die wirkliche Kapitalmarktslage wiederzuspiegeln und die Anleger zu schützen. Prof. Langenbucher schloss mit einem Appell zu weniger ökonomisch und mehr gerechtigkeitsorientierter Rechtsgestaltung.\

Vorankündigung der XXIX. Jahrestagung der DBJV

Liebe Mitglieder der DBJV!

die diesjährige Tagung der DBJV wird vom **18. bis 20. November 2010** stattfinden. Tagungsort wird diesmal **Zürich** sein. Befassen wollen wir uns mit dem Thema **Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation im internationalen Wirtschaftsverkehr**. Die Wahl dieses Themas wie auch des gut damit

harmonisierenden Veranstaltungsortes folgt dem in der Mitgliederversammlung vergangenen Jahres vielfach geäußerten Wunsch der Mitglieder.

Für den Vorstand:
Parvis Papoli-Barawati
Rechtsanwalt

Zur aktuellen Wiederkehr der Amazonasfrage

Prof. Prof. h.c. Wolf Paul*

Die Macht der Tatsachen ist bedrängend und entfaltet die normative Kraft destruktiver Gesetzlichkeit. Was in der Amazonas-Region geschieht, ist dem langfristigen Beobachter der Vorgänge als die jährliche Wiederkehr des Desaströsen bekannt. Von Jahr zu Jahr wiederholen sich die Nachrichten vom unaufhörlichen Verschwinden des Tropenwaldes („*floresta amazônica*“) in der Folge von großflächigen Abholzungen („*desmatamentos*“) und Brandrodungen („*queimadas*“). Die neueste Berichterstattung (Januar bis April 2008) nennt sogar nie Dagewesenes: die fortgesetzte Rodung wäh-

rend des amazonischen Winters, also während der Regenzeit. Aufgrund von Daten des auf die Beobachtung von Waldzerstörung spezialisierten Satellitensystems DETER (Detecção de Desmatamentos em Tempo Real) mußte das Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais INPE (Nationalinstitut für Raumforschung) für den Monat Februar 2008 die Rodung von 725 qkm ursprünglichen Tropenwaldes vermelden und damit eine signifikante Steigerung von 13,4% gegenüber Januar 2008 (639 qkm). Wahrscheinlich liegen die Werte noch höher, da wegen der dichten Wolkendecke nicht sämtliche Rodungsvorgänge erfasst werden konnten. Nach INPE ist der Bundesstaat Mato Grosso (MG) von der weitaus umfangreichsten Waldzerstörung betroffen (88% aller Vorgänge). In

* Der Autor ist Emeritus der Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt am Main (Professur für Rechtstheorie, Rechtsmethodik und Rechtsvergleichung) und Professor honoris causa der Universidade Federal do Pará, Belém/ Brasilien.

den vier vorhergehenden Monaten, also von August bis Dezember 2007 gingen auf dem Gebiet der brasilianischen Amazonasstaaten („*Amazônia Legal*“) 3233 qkm Tropenwald verloren, davon allein 1786 qkm auf dem Gebiete des Bundesstaates Mato Grosso. Im vorausliegenden Jahreszeitraum von August 2006 bis Juli 2007 verschwanden insgesamt 11224 qkm Regenwald. Nach Feststellungen der brasilianischen Umweltadministration IBAMA (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis), denen Flugzeugbeobachtungen des Sistema de Vigilância da Amazônia SIVAM zugrunde liegen, sind die flächenmäßig umfangreichsten Zerstörungen zweiunddreißig Gemeinden in zwei Bundesstaaten zuzuschreiben (u.a. Colniza, Marcelândia, Querência im Bundesstaat Mato Grosso, São Felix do Xingu und Cumaru do Norte im Bundesstaat Pará). Während im Umkreis der MG-Gemeinden durch „*corte raso*“ (Ausreißen der Bäume durch Großtraktoren, damit auch die totale Vernichtung der Pflanzen- und Tierbiotope) riesige Neuflächen für den Sojaanbau gewonnen wurden, verwandelten die Pará-Gemeinden die sie umgebenden Tropenwaldareale in gigantische Weidelandchaften für Hornvieh. In anderen Waldregionen entstanden nach selektiver Abholzung von wertvollen Tropenholzstämmen speziell durch Brandrodungen des umgebenden Baumbestandes großflächige Baumfriedhöfe mitten in der ursprünglichen, ausdrücklich durch die Verfassung geschützten *Floresta Amazônica* (Art. 225 § 4 Constituição Federal).

Zur alljährlichen Renaissance der Amazonasfrage gehören in Brasilien nicht nur die neuesten Informationen über die fatalen Steigerungsraten der Tropenwaldvernichtung, sondern auch der politische Streit über Verantwortlichkeiten, Ursachen und Folgen der katastrophalen Entwicklung sowohl innerhalb der amtierenden Bundesregierung als auch zwischen Bund und betroffenen Gliedstaaten sowie zwischen Politik, Wirtschaftsverbänden und Organisationen der Zivilgesellschaft. Die Medienberichte von Januar bis Mai 2008 spiegeln mit allen Details die bedrohte Umwelt, die prekäre Situation der von ihr betroffenen Bevölkerungen Amazoniens sowie die komplexe Gemengelage der widerstreitenden macht-, wirtschafts- und umweltpolitischen Interessen im Lande. Obwohl hinsichtlich der Ursachenfrage weitgehend Konsens besteht (ökonomischer Hauptfaktor derzeit: vermehrter Landbedarf für Sojaanbau, für Viehwirtschaft und mittelbar auch für den Zuckerrohranbau zur Ethanol-Gewinnung aufgrund hoher Nachfragen aus In- und Ausland), divergieren unter den betroffenen Bundes- und Staatsregierungen die politische Beurteilung der Satellitendaten und die Einschätzung der prekären Gesamtsituation des Regenwaldes. Während die Bundesumweltministerin *Marina Silva* in den Gouverneuren von Mato Grosso (*Blairo Maggi*) und von Rondônia (*Ivo Cassol*) und deren expansiver Agrarpolitik die Hauptverantwortlichen für die Waldschwund sieht und ihnen Verhinderung umweltpolizeilichen Vorgehens gegen den illegalen Raubbau („*crime ecoló-*

gico“) vorwirft, bestreiten diese im Verein mit dem Bundeslandwirtschaftsminister *Reinhold Stephanes* und dem Bauernverband *Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil* die Seriosität der Satellitendaten („INPE lügt!“) und sehen keinen Handlungsbedarf.

Gegenüber der durch die neuen Satellitendaten alarmierten Öffentlichkeit aber und den drängenden Forderungen ziviler Waldschutzorganisationen aus dem In- und Ausland sah sich die Bundesregierung in Brasília zum sofortigen Handeln gezwungen und verkündete eine Reihe von Maßnahmevorhaben, die nicht wenig aufschlussreich dafür sind, wo die internen sozialen und politischen Ursachen für die sich beschleunigende Waldzerstörung zu suchen sind. So plant die Regierung eine *Beschränkung der Kreditvergaben* durch die Landwirtschaftsbanken. Groß- und Kleinbauern („fazendeiros“ / „agricultores“), die illegal gerodet haben, sollen keinen Zugang mehr zu zinsgünstigen Bankkrediten für den Kauf von Maschinen und Saatgut haben. Bisher hatten die Banken großzügig für Rodung, Urbarmachung, Anbau und Weidewirtschaft Kredite gewährt, aber in keinem Fall für die Wiederaufforstung oder die nachhaltige Hege eines nativen Waldbestands. Da der Wald aus der maßgeblichen Sicht der Privat- und Staatsbanken und damit auch in den Augen der Waldeigentümer und Bauern keinen ökonomischen Wert und geldwerten Nutzen hat, wird er gerodet und nicht bewahrt. Angesichts der gängigen Abholzungspraxis in der Amazônia von bis zu 50%

der in Privathand befindlichen Waldflächen hatte die Bundesregierung im Jahre 1999 das zulässige Ausmaß der erlaubten Rodungen von 50% auf 20% reduziert, also die Schonung von 80% des individuellen Waldbesitzes als „reserva legal“ angeordnet. Allerdings haben nicht wenige Waldbesitzer in den genannten Gemeinden die Anordnung à brasileira dahin verstanden, 80% des ihnen gehörenden Bestandes legal abholzen zu dürfen und entsprechend gehandelt.

Ferner plant die Bundesregierung als Sofortmaßnahme eine Kontrolle und *Neukadastrierung des Landeigentums* durch das Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária INCRA, da Immobilienbesitz und –Eigentum in Brasilien häufig aufgrund informeller oder gar illegaler Machenschaften („grilagem“) erworben worden sind. In den 36 Gemeinden Amazoniens mit der höchsten Waldrodungsrate sind alle Bauern aufgefordert, sämtliche Dokumente vorzulegen, aus denen hervorgeht, wie und von wem ihr Land gekauft wurde. Der übliche Landeigentumsidentifikationsausweis CCIR (Certificado de Cadastramento de Imóveis Rurais) wurde für ungültig erklärt. Allerdings wurden die entstehenden Härten durch den soeben ergangenen Provisorischen Maßnahmeakt No. 422 gemildert. Die Medida Provisoria des Parlaments hat allen Betroffenen die nachträgliche Legalisierung von in der Vergangenheit illegal oder irregulär angeeigneten Landes im Umfang von 1500 ha gewährt.

Als präventive Einzelmaßnahme hat die Bundesregierung die *Operação Arco de Fogo* beschlossen. 300 Beamte des Umweltministeriums sollen in den 90 holzverarbeitenden Betrieben (*madeiras*) von Thailândia (Zentrum amazonen-sischer Holzwirtschaft, 235 km südlich von Belém gelegen) die genaue Herkunft und die Art der gelagerten Hölzer feststellen und überprüfen, ob eine umweltrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung (*Licença Ambiental*) vorliegt. Die Aktion erfolgt unter dem Schutz der Bundespolizei und der *Força Nacional de Segurança*, da mit aktivem Widerstand der Bevölkerung gerechnet wird. 70% der Arbeitsplätze hängen von den Betrieben ab. Betroffen sind Edelholzsucher, Baumfäller, Köhler, Transporteure, Sägewerker, Holzverarbeiter, Vermarkter, Bauwirtschaft, Möbelindustrie, Schiffsbau, Exportwirtschaft. Die Aktion soll auf alle neun Bundesstaaten der *Amazônia Legal* ausgeweitet werden. Das beschlagnahmte Holz aus illegalem Einschlag wird öffentlich versteigert.

Den vorläufigen Schlussakt der Regierungsmaßnahmen bildet der *Plano Amazônia Sustentável PAS*, der „Entwicklung *ohne* Waldzerstörung“ verheißt, Infrastrukturförderung mit Umweltschutz verbindet und allen Bauern, die den Wald erhalten, zinsgünstige Kredite verspricht. Dieser „Plan Nachhaltiges Amazonien PAS“ wird als Ergänzung des *Programa de Aceleração do Crescimento PAC* („Programm Wachstumsbeschleunigung“) aus dem Jahre 2007 verstanden, wel-

ches gezielt Anlageprojekte wie Häfen, Wasserwege, Eisenbahnen, Straßen, Kraftwerke, Grundsanierung und Wohnungsbau fördert. Alle Maßnahmen verstehen sich als Reaktion auf den dramatischen Waldschwund der letzten Monate und verfolgen das erklärte Ziel des nachhaltigen Regenwaldschutzes.

Charakteristisch für die innenpolitische Reaktion auf die neuen Waldbrände in der *Amazônia* ist aber nicht nur die Ankündigung von Sofortmaßnahmen seitens der Bundesregierung, sondern auch die kritische Resonanz, die diese in der brasilianischen Öffentlichkeit und insbesondere unter den vielen Organisationen der Zivilgesellschaft hervorgerufen hat. Nahezu unisono wird die Ernsthaftigkeit und Wirksamkeit der angekündigten Maßnahmen bestritten. Niemand in Brasilien glaubt, dass aufgrund dieser Maßnahmen der Regenwald unangestastet bleibt. In diesem Sinne aufschlussreich ist ein spektakuläres Ereignis auf dem Planalto von Brasília. Was jenseits aller Umweltschutzrhetorik die wahren Absichten der derzeitigen Bundesregierung sind, enthüllt nach einhelliger Meinung im In- und Ausland die Demission der unnachgiebigen Verteidigerin des Regenwaldschutzes und langjährigen Bundesumweltministerin *Marina Silva* am 14. Mai 2008, die auf der „*reserva legal*“ von 20% und durchgreifenden Überwachungsmaßnahmen bestanden hatte. Noch während des Besuches der deutschen Bundeskanzlerin in Brasília, in dessen Mittelpunkt die Fragen des Handels mit Soja und Biotreibstoff gestanden

haben, hatte der brasilianische Präsident *Inácio Lula da Silva* seine prominente und wegen ihres Amazonienengagements weltweit bekannte Umweltministerin dadurch brüskiert, dass er statt ihrer den Sonderminister aus dem Sekretariat für strategische Angelegenheiten, den umweltpolitisch völlig unvorbereiteten ehemaligen Juraprofessor *Roberto Mangabeira Unger* mit der Koordination des „Plans Nachhaltiges Amazonien PAS“ beauftragt hatte. Nahezu alle Beobachter aus Kreisen der zivilen Umweltschutzorganisationen des In- und Auslandes sehen im erzwungenen Ausscheiden der Umweltministerin einen Rückschlag für den Regenwaldschutz („desastre“) und einen Glaubwürdigkeitsverlust der Regierung Lula.

Auch dieser Vorgang holt die Vergangenheit ein. Schon einmal musste ein engagierter Umweltminister, nämlich *José Lutzenberger*, wegen Unnachgiebigkeit den Hut nehmen, als der amazonensische Wald in Flammen stand und bedingungsloses Eingreifen gefordert war. Kritiker sehen in der Demission der Marina Silva das Symbol für den Unwillen des offiziellen Brasilien, den Mächten der Tropenwaldzerstörung nachhaltig Einhalt zu gebieten. Diese Linie vertritt allem Anschein nach auch der Amtsnachfolger von Marina Silva an der Spitze des Bundesumweltministeriums. *Carlos Minc* lehnt es nach eigenem Bekunden ab, „hinter jeden Pyromanen einen staatlichen Feuerwehrmann“ zu postieren und wird tun, was er als vormaliger Umweltschutzminister des Bundesstaates

Rio de Janeiro mit Vorliebe getan hat, nämlich Konzessionen zur befristeten Nutzung natürlicher Ressourcen an private nationale und internationale Wirtschaftsunternehmen vergeben, einschließlich der Lizenz zum Abholzen.

Als jüngste Nachricht von der Tropenwaldfront überrascht die Feststellung des Amerikaners *Daniel Nepstadt* auf einer Tagung über „Amazônia em Perspectiva“ in Manaus (November 2008). Der Wissenschaftler von der „Gordon & Betty Moore Foundation“ erregte Aufsehen mit der apodiktischen Feststellung, dass die gesamte brasilianischen Umwelt-, Natur- und Waldschutzgesetzgebung völlig unreal und untauglich sei, die ihr anvertraute Schutzaufgabe zu erfüllen. „Die Gesetze überfordern die Realität in der Amazônia. Es ist den Waldeigentümern praktisch unmöglich, sich legal zu verhalten“, meint der Wissenschaftler. Die amtlich geforderte „reserva legal“ von 80% sei eine unmöglich einzuhaltende Vorschrift. Deshalb bringe es überhaupt nichts, diejenigen zu bestrafen, die gegen die Gesetze verstoßen. Vielmehr müssten alle Waldbesitzer Entschädigungen und Belohnungen erhalten, wenn sie den Wald unangetastet lassen und sich gesetzestreu verhalten. Es komme daher darauf an, assistierte *Virgílio Viana*, Direktor der „Stiftung Nachhaltiges Amazonien“ (Fundação Amazônia Sustentável), nicht etwa die „reserva legal“ zu minimieren, sondern das menschliche Verhalten in der Amazônia durch positive Anreize umzukodieren. Den Hintergrund dieser strategischen Argumentation bildet die po-

litische Forderung nach einer alternativen Umwelt- und Klimaökonomie auf der Grundlage eines weltweit organisierten Handels mit Waldwertscheinen. Das finanzpolitische Kalkül der Tropenländer geht dahin, ihre Wälder als natürliche Kohlendioxidspeicher, deren realer Geldwert am Ausmaß des gebundenen Treibhausgases berechnet wird, über Emissionsbörsen zu vermarkten. Über geldwerte CO₂-Zertifikate, also Kohlendioxid-Verschmutzungsrechte, die von Industrieunternehmen und Energieversorgern in aller Welt zu erwerben sind, sollen die Mittel zur Finanzierung des Walderhalts fließen. Brasiliens Agrar-, Weide- und Holzwirtschaftsbetriebe werden also, so die in Manaus beschworene Zukunftsperspektive, im Wege dieses globalen Ausgleichsystems zur Treibhausgasemissionseinsparung („Sistema Compensatorio por Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação“-REDD) mit reichlicher Entschädigung dafür belohnt werden, daß sie ihre beachtlichen nativen Tropenwaldbestände ungenutzt und damit unzerstört lassen.

Die Verlockung ist ebenso groß wie die Gewinnaussichten. Schon haben die Gouverneure der brasilianischen Amazonasstaaten *Bairo Maggi* (MT), *Ana Julia Carepa* (PA) und *Eduardo Braga* (AM) auf der „Weltklimakonferenz der Gouverneure“ in Los Angeles die Summe genannt, die von den „reichen Ländern“ als Preis für die Nicht-Zerstörung resp. Schonung des Amazonas-Regenwaldes zu zahlen wären, nämlich 7.5 Mrd. R\$ jähr-

lich. Schließlich seien es die „reichen Länder“, meint Gouverneurin Carepa, von denen der größte „Zerstörungsdruck“ auf die Wälder ausgehe. „Wenn die Welt uns hilft, dann hilft sie dem Regenwald“, so der Gouverneur von Mato Grosso, selber einer der großmächtigen Agrarunternehmer in seinem Staat. Nur allzu durchsichtig wird wieder einmal der Versuch gemacht, die Verantwortung für den unaufhörlichen Regenwaldschwund der Internationalen Gemeinschaft und ihrer Rohstoffgier („cobiça internacional“) zuzuschieben und diese für Ausgleichszahlungen in die Pflicht zunehmen. Vergessen wird dabei, dass ca. 90% des Regenwaldes sich im Besitz der Amazonas-Staaten befindet, deren Regierungen regelmäßig ausländische Konsortien mit Nutzungslizenzen ausstatten, also selber am Zerstörungszyklus beteiligt sind.

Für diese in Brasilien wenig geschätzte Wahrheit gibt es auf parlamentarischer Ebene zur Zeit einen gewichtigen Zeugen. Senator *Jefferson Péres* nahm kürzlich kein Blatt vor den Mund, als er seine Haltung zur „questão amazônica“ öffentlich machte: „Ich habe keine Angst vor der internationalen Gier nach der Amazônia. Ich habe Angst vor der nationalen Gier nach der Amazônia, vor den Tropenholzhändlern, den Viehzüchtern und anderen Waldvernichtern. Es sind Brasilianer, die die Urwälder roden, illegalen Holzhandel betreiben, Soja anbauen, Landraub durch Grundbuchmanipulation betreiben, Landarbeiterwiderstand durch Morde brechen. Unglücklicherweise ist das die Realität. Die Feinde Amazoni-

ens sind Brasilianer, nicht Ausländer“ (zit. Virgilo Viana, in: Estado de São Paulo, 4. 6.2008).

Was also im laufenden Jahr 2008 von den brasilianischen Medien über die unaufhaltsame Zerstörung der Regenwälder in der Amazônia und über die politischen Versuche zu ihrer Rettung berichtet worden ist, gibt wenig Anlaß, an eine heile Zukunft der Tropica Verde zu glauben. Auch das hat Tradition. Brasilien erinnert sich soeben nicht ohne Wehmut („com saudade“) an *Claude Lévi-Strauss* aus Anlaß seines 100jährigen Geburtstages am 28. November 1908. Der berühmte Anthropologe, Indianerforscher und Autor der „Traurigen Tropen“ hatte in den 1930er Jahren den Mato Grosso als ein real existierendes Laboratorium für die Erprobung der kulturellen Möglichkeit eines harmonischen Zusammenlebens von Mensch und Natur erlebt und beschrieben und den Vergleich zur europäischen Kultur gesucht. In der Differenz hatte er in aller Deutlichkeit den Niedergang und das Ende des amazonensischen Bioms vor Augen. Längst schon hatte die europäische Ethnie damit begonnen, die unschätzbaren Reichtümer des Regenwaldes ihrem unstillbaren Konsumhunger zum Opfer zu bringen.

Quellen:

Die hier genannten Daten und Tatsacheninformationen sind nachzulesen in:

„*O Estado de Sao Paulo*“ am 22.10.2007 („Desmatamento avança ao

norte de MT“); am 6.11.2007 („País não detém desmate e permanece entre campeões de emissão de CO²“); am 4.2.2008 („Desmate acelera aquecimento“); am 30. 4. 2008 („Área desmatada dispara em 2 Estados no período de chuva“); am 28.5.2008 („Minc anuncia fundo privado para Amazônia“); am 3.6.2008 („Em um mês, area desmatada na Amazônia equivale à cidade de Rio“/ „IBGE detalha bioma amazônico“); am 4.6.2006 („Os inimigos da Amazônia estão aqui“); am 30.6.2008 („Bloqueio amazônico começa amanhã. Corte de crédito a propriedades irregulares entra em vigor, mas apenas para um terço das fazendas“); am 18.11.2008 („Reserva Legal“); am 21.11.2008 („Ponto sem retorno para Amazônia é 50% de corte“); am 22.11.2008 („Governadores pedem ajuda de países ricos para salvar Amazônia“); am 23.11.2008 („Lévi-Strauss 100 anos“/ „Trópico da saudade“/ „Memoria de um ambiente sombrio“/ „Intersecções entre sujeito e história“).

Aus europäischer Sicht:

„*Le Monde*“ am 1.3.2008 („Amazonie brésilienne. La deforestation s'aggrave“); „*Der Spiegel*“ No. 21/2008 am 19.5.2008 („Marktplatz der Natur“); neuestens: *Irma Silvana de Melo Reiners*, „Regenwaldschutz in Brasilien und das Umweltvölkerrecht. Die Amazonasfrage als internationaler Streitfall“. Diss. Frankfurt am Main 2008 (erscheint demnächst in der Schriftenreihe der DBJV).\

Situações jurídicas coletivas passivas

Fredie Didier Jr.*

Resumo: O ensaio tem por objetivo propor um conceito de processo coletivo passivo (*defendant class actions*), a partir da análise do conteúdo do seu objeto litigioso, composto pela afirmação da existência de uma situação jurídica coletiva passiva, categoria cujo desenvolvimento dogmático se faz necessário.

1. Nota introdutória.

O processo coletivo passivo é um dos temas menos versados nos estudos sobre a tutela jurisdicional coletiva, que costumam concentrar-se na definição das situações jurídicas coletivas *ativas* (direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos),¹ no exame da legitimidade *ad causam* e do regime jurídico da coisa julgada.

Sobre o processo coletivo passivo, a escassez de produção doutrinária é ainda mais grave: os ensaios e livros publicados costumam restringir a abordagem apenas à análise da legitimidade e da coisa julgada.

Nada se fala sobre outros aspectos do processo coletivo sobre os as-

pectos *substanciais* da tutela jurisdicional coletiva passiva.

Esse ensaio tem o objetivo de contribuir para o desenvolvimento teórico dessa questão: a definição do objeto litigioso do processo coletivo passivo. Destaca-se, assim, a investigação sobre quais são as situações jurídicas substanciais objeto de um processo coletivo passivo. Após do desenvolvimento da categoria “*situações jurídicas coletivas passivas*” será mais fácil compreender a finalidade e a utilidade do o processo coletivo passivo, para que, então, se possa preparar uma legislação processual adequada ao tratamento desse fenômeno.

2. Ação coletiva ativa e situações jurídicas coletivas ativas.

A ação coletiva ativa é a demanda pela qual se afirma a existência de um direito coletivo *lato sensu* (uma situação jurídica coletiva ativa) e se busca a certificação, a efetivação ou a proteção a esse direito.

Denominam-se *direitos coletivos lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/ interesses *essencialmente* coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito).

* O autor é advogado, consultor jurídico, professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia e Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito.

¹ De acordo com a sistematização prevista no direito brasileiro (art. 81, par. ún., do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor).

to) e os direitos *acidentalmente* coletivos (individuais homogêneos).²

Reputam-se *direitos difusos* aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), pertencente a uma coletividade composta por pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato. Assim, por exemplo, são direitos difusos o direito à proteção ambiental, o direito à publicidade não-enganosa, o direito à preservação da moralidade administrativa etc.

Os direitos coletivos *stricto sensu* são os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas indeterminadas, mas determináveis, ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo “*affectio societatis*” ou pela sua ligação com a “parte contrária”. No primeiro caso temos os advogados inscritos no conselho profissional (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão de classe, configurando-se como “classe de pessoas” (advogados); os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como “grupo de pessoas” (contribuintes). Cabe ressaltar que a *relação-base* necessita ser anterior à lesão. A relação-base forma-se entre os associados de

uma determinada associação, os acionistas da sociedade ou ainda os advogados, enquanto membros de uma classe, quando unidos entre si (*affectio societatis*, elemento subjetivo que os une entre si em busca de objetivos comuns); ou, pelo vínculo jurídico que os liga a parte contrária, *e.g.*, contribuintes de um mesmo tributo, estudantes de uma mesma escola, contratantes de seguro com um mesmo tipo de seguro etc. No caso da publicidade enganosa, a “ligação” com a parte contrária também ocorre, só que em razão da lesão e não de vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo *stricto sensu* (propriamente dito).

Os *direitos individuais homogêneos* são aqueles direitos individuais decorrentes de origem comum,³ ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é necessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais. O que esses direitos têm em comum é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte

³ “A homogeneidade decorre da circunstância de serem os direitos individuais provenientes de uma origem comum. Isso possibilita, na prática, a defesa coletiva de direitos individuais, porque as peculiaridades inerentes a cada caso concreto são irrelevantes juridicamente, já que as lides individuais, no que diz respeito às questões de direito, são muito semelhantes e, em tese, a decisão deveria ser a mesma em todos e em cada um dos casos.” (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 30-31).

²MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos.” *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 30-31.

contrária, questões de direito ou de fato⁴ que lhes conferem características de homogeneidade, a revelar, assim, a prevalência de questões comuns e superioridade na tutela coletiva. Os direitos individuais homogêneos é uma ficção jurídica, “criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada”.⁵ O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência da ação coletiva. Permanece o traço distintivo: o tratamento molecular, nas ações coletivas, em relação à fragmentação da tutela (tratamento atomizado) nas ações individuais. É evidente a vantagem do tratamento unitário das pretensões em conjunto, para obtenção de um provimento genérico. Como bem anotou Antonio Gidi as ações coletivas garantem três objetivos: proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material⁶.

Observe-se que uma característica marcante dos direitos coletivos em sentido amplo é exatamente a sua titularidade: eles pertencem a uma coletividade, a um grupo. Trata-se

de direitos com titulares coletivos⁷. Muito conveniente é a menção ao parágrafo único do art. 1º da Lei antitruste brasileira (Lei Federal n. 8.884/1994), que regula a proteção contra o abuso de concorrência: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

Eis o panorama conceitual das situações jurídicas coletivas ativas, objeto das ações coletivas ativas.

3. Conceito e classificação das ações coletivas passivas. As situações jurídicas passivas coletivas: deveres e estados de sujeição difusos e individuais homogêneos.

Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano é colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda *contra* uma dada coletividade.

Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*) — nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve duas comunidades distintas⁸.

⁷ DIDIER Jr., Fredie., ZANETI Jr., Hermes. Curso de direito processual civil. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 4, p. 82-83.

⁸ DINAMARCO, Pedro. “Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”. São Paulo: IBRIS difusos, colectivos e individuales homogêneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 133; MENDES, Aluísio. “O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para os Países Ibero-Americanos e a legislação brasileira”. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2004, n. 31, p. 11.

⁴GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva. In: *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, 2007, p. 17-28.

⁵GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, p. 20.

⁶GIDI, Antonio. “Las acciones colectivas en Estados Unidos”.

In: GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo F (coord.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México – DF: Editorial Porrúa, 2003.

Seguindo o regime jurídico de toda ação coletiva, exige-se para a admissibilidade da ação coletiva passiva que a demanda seja proposta *contra* um “representante adequado” (legitimado extraordinário para a defesa de uma situação jurídica coletiva) e que a causa se revista de “interesse social”. Neste aspecto, portanto, nada há de peculiar na ação coletiva passiva.

O que torna a ação coletiva passiva digna de um tratamento diferenciado é a circunstância de a situação jurídica titularizada pela coletividade ser uma situação jurídica passiva. A demanda é dirigida *contra uma coletividade*, que é o sujeito de uma situação jurídica passiva (um dever ou um estado de sujeição, por exemplo).

Da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (situação jurídica ativa, examinado no item precedente), ela também pode ser titular de um dever ou um estado de sujeição (situações jurídicas passivas). É preciso desenvolver dogmaticamente a categoria das *situações jurídicas coletivas passivas: deveres e estado de sujeição coletivos*.

O conceito dessas situações jurídicas deverá ser extraído dos conceitos dos “direitos”, aplicados em sentido inverso: *deveres e estados de sujeição indivisíveis e deveres e estados de sujeição individuais homogêneos (indivisíveis para fins de tutela, mas individualizáveis em sede de execução ou cumprimento)*.

Há, pois, situações jurídicas coletivas ativas e passivas. Essas situações relacionam-se entre si e com as situações individuais.

Um direito coletivo pode estar relacionado a uma situação passiva individual (p. ex.: o direito coletivo de exigir que uma determinada empresa proceda à correção de sua publicidade). Um direito individual pode estar relacionado a uma situação jurídica passiva coletiva (p. ex.: o direito do titular de uma patente impedir a sua reiterada violação por um grupo de empresas⁹). Um direito coletivo pode estar relacionado, finalmente, a uma situação jurídica coletiva (p. ex.: o direito de uma categoria de trabalhadores a que determinada categoria de empregadores reajuste o salário-base).

Haverá uma ação coletiva passiva, portanto, em toda demanda onde estiver em discussão uma situação coletiva passiva. Seja como correlata a um direito individual, seja como correlata a um direito coletivo. Mas isso não é o bastante para apresentar o tema.

A ação coletiva passiva pode ser classificada em *original* ou *derivada*¹⁰.

⁹ GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, cit., p. 390-391.

¹⁰ Proposta de classificação aceita pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, formulado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (cap. III). Diogo Maia também se utiliza desta classificação, com outra designação, porém: ações coletivas independentes e ações coletivas derivadas ou incidentes (MAIA, Diogo. Fundamentos da ação coletiva passiva. Dissertação de mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2006, p. 71.)

Ação coletiva passiva *original* é a que dá início a um processo coletivo, sem qualquer vinculação a um processo anterior. Ação coletiva passiva *derivada* é aquela que decorre de um processo coletivo “ativo” anterior e é proposta pelo réu desse processo, como a ação de rescisão da sentença coletiva e a ação cautelar incidental a um processo coletivo. A classificação é importante, pois nas ações coletivas passivas derivadas não haverá problema na identificação do “representante adequado”, que será aquele legitimado que propôs a ação coletiva de onde ela se originou.

De fato, um dos principais problemas da ação coletiva passiva é a identificação do “representante adequado”, o que levou Antonio Gidi a defender que “[p]ara garantir a adequação da representação de todos os interesses em jogo, seria recomendável que a ação coletiva passiva fosse proposta contra o maior número possível de associações conhecidas que congregassem os membros do grupo-réu. As associações eventualmente excluídas da ação deveriam ser notificadas e poderiam intervir como assistentes litiscon-sorciais”¹¹. Em tese, qualquer um dos possíveis legitimados à tutela coletiva poderá ter, também, legitimação extraordinária passiva. Imprescindível, no particular, o controle jurisdicional da “representação adequada”, conforme já defendido alhures pelos autores deste artigo.

¹¹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 415.

Neste aspecto, merece crítica a proposta de Antonio Gidi de Código para processos coletivos em países de direito escrito (CM-GIDI), que restringe, parcialmente, a legitimação coletiva passiva às associações. Eis o texto da proposta de Gidi: “28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue”¹². Em uma ação coletiva passiva derivada de uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público, o réu será esse mesmo Ministério Público. A melhor solução é manter o rol dos legitimados em tese para a proteção das situações jurídicas coletivas e deixar ao órgão jurisdicional o controle *in concreto* da adequação da representação¹³.

4. Exemplos de ações coletivas passivas

Alguns exemplos podem ser úteis à compreensão do tema. Os litígios trabalhistas coletivos são objetos de processos duplamente coletivos: em cada um dos pólos, conduzidos pelos sindicatos das categorias profissionais (empregador e empregado), discutem-se situações jurídicas coletivas. No direito brasileiro, inclusive, podem ser considerados como

¹² GIDI, Antonio. “Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito”. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, 2003, n. 111.

¹³ No projeto Gidi ainda há a previsão de o indivíduo poder ser legitimado passivo coletivo: “28.2 Se não houver associação que congregue os membros do grupo-réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo”.

os primeiros exemplos de ação coletiva passiva¹⁴. No foro brasileiro, têm surgido diversos exemplos de ação coletiva passiva.

Em 2004, em razão da greve nacional dos policiais federais, o Governo Federal ingressou com demanda judicial contra a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal¹⁵, pleiteando o retorno das atividades. Trata-se, inquestionavelmente, de uma ação coletiva passiva, pois a categoria “policial federal” encontrava-se como sujeito passivo da relação jurídica deduzida em juízo: afirmava-se que a categoria tinha o dever coletivo de voltar ao trabalho. Desde então, sempre que há greve, o empregador que se sente prejudicado e que reputa a greve injusta vai ao Judiciário

pleitear o retorno da categoria de trabalhadores ao serviço.

Há notícia de ação coletiva proposta contra o sindicato de revendedores de combustível, em que se pediu uma adequação dos preços a limites máximos de lucro, como forma de proteção da concorrência e dos consumidores¹⁶.

Em 2008, alunos da Universidade de Brasília invadiram o prédio da Reitoria, reivindicando a renúncia do Reitor, que estava sendo acusado de irregularidades. A Universidade ingressou em juízo, pleiteando a proteção possessória do seu bem. Trata-se de ação coletiva passiva: propõe-se a demanda em face de uma coletividade de praticantes de ilícitos. A Universidade afirma possuir direitos individuais contra cada um dos invasores, que teriam, portanto, *deveres individuais homogêneos*. Em vez de propor uma ação possessória contra cada aluno, “coletivizou” o conflito, reunindo os diversos “deveres” em uma ação coletiva passiva. A demanda foi proposta contra o órgão de representação estudantil (Diretório Central dos Estudantes), considerado, corretamente, como o “representante adequado” do grupo¹⁷. Neste caso, está diante de uma pretensão formulada *contra* deveres individuais homogêneos: o comportamento ilícito imputado a todos os envolvidos possui origem comum. Em vez de *coletividade de vítimas*, como se

¹⁴ MAIA, Diogo Campos Medina. “A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente”. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 329. A Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n. 5.452/1943 já previa os processos duplamente coletivos (art. 856 e segs.): os dissídios coletivos. Além disso, há o art. 1º da Lei Federal brasileira n. 8.984/1995: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador”. Muito embora possam servir de exemplo, os dissídios coletivos não são processos coletivos para parcela da doutrina. Os litígios trabalhistas podem ser veiculados através de ações coletivas propriamente ditas, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, nestes casos serão efetivamente processos coletivos.

¹⁵ O andamento deste processo pode ser consultado no sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasil: www.trf1.gov.br. O processo foi registrado sob o número 2004.34.00.010685-2.

¹⁶ VIOLIN, Jordão. Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 79-80.

¹⁷ O andamento deste processo pode ser consultado no sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasil: www.trf1.gov.br. O processo foi registrado sob o número 2008.34.00.010500-5.

costuma referir aos titulares dos direitos individuais homogêneos, tem-se aqui uma *coletividade de autores de ato ilícito*.

Antonio Gidi traz outros exemplos:

“...a ação coletiva poderá ser utilizada quando todos os estudantes de uma cidade ou de um Estado tiverem uma pretensão contra todas as escolas, cada um desses grupos sendo representado por uma associação que os reúna. Igualmente, ações coletivas poderão ser propostas contra lojas, cartórios, órgãos públicos, planos de seguro-saúde, prisões, fábricas, cidades etc., em benefício de consumidores, prisioneiros, empregados, contribuintes de impostos ou taxas ou mesmo em benefício do meio ambiente”¹⁸.

Pedro Dinamarco traz exemplos de ações coletivas passivas declaratórias: a) ação declaratória, proposta por empresa, para reconhecer a regularidade ambiental do seu projeto: de um lado, se ganhasse, evitaria futura ação coletiva contra ela, de outro, se perdesse, desistiria de implantar o projeto, economizando dinheiro e não prejudicando o meio-ambiente; b) ação declaratória, proposta por empresa que se vale de contrato de adesão, com o objetivo

de reconhecer a licitude de suas cláusulas contratuais¹⁹.

Embora seja possível imaginar demandas coletivas passivas declaratórias negativas (p. ex.: declarar a inexistência de um *dever coletivo*), não é disso que tratam os exemplos de Pedro Dinamarco²⁰.

Nos casos citados, temos uma ação coletiva ativa reversa. Busca-se a declaração de que *não existe uma situação jurídica coletiva ativa (inexistência de um direito pela ausência de poluição ambiental, por*

¹⁹ DINAMARCO, Pedro. “Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 134. (GIDI, Antonio. “Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 411.)

²⁰ “En principio, la acción colectiva pasiva no debe ser comprendida simplemente como una acción colectiva al revés. Por tanto, no debe ser utilizada por un demandado potencial (en una acción colectiva activa indemnizatoria por daños individuales) para lograr una sentencia declaratoria de que su producto no ha causado daño a los miembros del grupo (sentencia declaratoria negativa de responsabilidad por daños). Al parecer, no existe interés procesal en proponer esa demanda colectiva. Ni siquiera se podría encontrar un representante adecuado para tal acción. Si un grupo afectado quisiera entablar un pleito colectivo, lo iniciaría en el momento oportuno: no le correspondería al demandado anticiparse al grupo”. (GIDI, Antonio. “Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 411.)

¹⁸ GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos, cit., p. 392. Ver, ainda, a respeito do tema, GIDI, Antonio “Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos – hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Mexico: Porrúa, 2003, p. 411; Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 51-52, nota 128.

exemplo). Não se afirma a existência de uma *situação jurídica coletiva passiva*, como acontece em ações coletivas passivas declaratórias positivas, constitutivas ou condenatórias. Não basta dizer, como pioneiramente fez Antonio Gidi, que tais ações são inadmissíveis por falta de interesse de agir ou dificuldade na identificação do legitimado passivo, embora a lição seja correta. É preciso ir além: rigorosamente, *não são ações coletivas passivas*²¹. Para que haja ação coletiva passiva, é preciso, como dito, que uma situação jurídica coletiva passiva seja afirmada, o que não ocorre nesses exemplos. E mais: é preciso reconhecer, como em qualquer ação coletiva, uma potencial vantagem ao interesse público, sem o que as demandas passam a ser meramente individuais (o que legitima a ficção jurídica “direitos individuais homogêneos” é a particular circunstância da presença do interesse público na sua tutela, que ficaria prejudicado em face de uma tutela fragmentada e individual). *Isso não significa que não haja ação coletiva passiva declaratória*. No âmbito trabalhista, por exemplo, cogita-se da ação declaratória para certificação da correta interpretação de um acordo coletivo, em que

²¹ Neste ponto, o autor deste ensaio altera o entendimento manifestado em DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 271-272; DIDIER Jr., Fredie, ZANETTI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 3ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, v. 4, p. 218-219. É preciso registrar que essa mudança de pensamento decorreu de uma série de debates travados com Antonio Gidi, que, como visto, há anos criticava os exemplos de ação declaratória negativa como espécies de ação coletiva passiva. Sem esse debate, as idéias aqui divulgadas certamente não existiriam.

são fixadas as situações jurídicas coletivas ativas e passivas.

Há ainda a possibilidade de utilização da ação coletiva passiva para efetivar a chamada *responsabilidade anônima* ou *coletiva*, “em que se permite a responsabilização do grupo caso o ato gerador da lesão tenha sido ocasionado pela união de pessoas, sendo impossível individualizar o autor ou os autores específicos do dano”²². No exemplo da invasão do prédio da Universidade, além da ação de reintegração de posse, seria possível manejar ação de indenização pelos prejuízos eventualmente sofridos contra o grupo, acaso não fosse possível a identificação dos causadores do dano. Na demanda, o autor afirmaria a existência de um *dever de indenizar*, cujo sujeito passivo é o *grupo*.

Diogo Maia menciona o exemplo de uma ação coletiva ajuizada contra os comerciantes de uma cidade, acusados de utilização indevida das calçadas para a exposição dos produtos²³. Trata-se de um claro exemplo de *ilícitos individuais homogêneos, que geram deveres individuais homogêneos*.

Ainda é possível cogitar de uma ação coletiva proposta contra uma

²² MAIA, Diogo Campos Medina. “A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente”, cit., p. 338. Sobre a responsabilidade civil do grupo, CRUZ, Giselda Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 267-312.

²³ MAIA, Diogo Campos Medina. “A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente”, cit., p. 339. No texto, o autor cita vários outros exemplos.

comunidade indígena, que esteja, por exemplo, sendo acusada de impedir o acesso a um determinado espaço público. A tribo é a titular do *dever coletivo difuso* de não impedir o acesso ao espaço público. A comunidade indígena é, ainda, a legitimada a estar em juízo na defesa dessa acusação. Não se trata de uma pessoa jurídica. É um grupo humano. Trata-se de caso raro, talvez único, de legitimação coletiva ordinária, pois o titular da situação jurídica coletiva é, também, o legitimado a defendê-la em juízo²⁴. Com relação ao objeto, o Judiciário deverá analisar se se trata de uma legítima manifestação política, pacífica e organizada, ou de um ato ilícito, gerador de deveres individuais homogêneos. Aqui faz muito sentido insistir na necessidade de certificação da demanda como uma ação coletiva, o juiz poderá indeferir liminarmente pretensões que não sejam escoradas em deveres coletivos.

5. Consideração final

No Brasil, um dos principais argumentos contra a ação coletiva passiva é a inexistência de texto legislativo expresso.

Sucedem que a permissão da ação coletiva passiva é decorrência do princípio do acesso à justiça (nenhuma pretensão pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário). Não admitir a ação coletiva passiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de defesa, mas não poderia demandar. Negar a possibilidade de ação coletiva passiva é, ainda, fechar os olhos para a realidade: os conflitos de interesses podem envolver particular-particular, particular-grupo e grupo-grupo. Na sociedade de massas, há conflitos *de* massa e conflitos *entre* massas.

A inexistência de texto legal expresso que confira legitimação coletiva passiva não parece obstáculo intransponível. A atribuição de legitimação extraordinária não precisa constar de texto expresso, bastando que se a retire do sistema jurídico. A partir do momento em que não se proíbe o ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental ou qualquer outra ação de impugnação pelo réu de ação coletiva ativa, admite-se, implicitamente, que algum sujeito responderá pela coletividade, ou seja, admite-se a ação coletiva passiva. \\\

²⁴ Confira-se, por exemplo, o art. 232 da Constituição da República Federativa do Brasil: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Há, ainda, a regra do art. 37 da Lei Federal brasileira n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio): “Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio”.

Um Panorama histórico das Constituições Brasileiras (de 1824 a 1988) e a influência de Constituições Estrangeiras no Constitucionalismo brasileiro

Fernanda Emília Cota Campos*

1. Introdução

A concepção de Constitucionalismo passou por significativas mudanças no decorrer da história. Diferentes significados são adotados para o termo “constitucionalismo”, como por exemplo o movimento histórico de natureza político-social que objetivava a limitação do poder arbitrário e a garantia de direitos; movimento de imposição de Constituições escritas; ou ainda a indicação dos propósitos e anseios mais latentes de uma sociedade em um dado momento.

A origem formal do Constitucionalismo moderno¹ está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos de 1787 (após a Inde-

pendência das 13 colônias), e à Constituição Francesa de 1791², ambas caracterizadas pela busca da organização e limitação dos poderes Estatais por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.

Sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, percebe-se uma tendência de alteração de Constituições sintéticas para analíticas, incorporando em seus textos os chamados direitos econômicos e sociais (direitos de segunda geração). Exemplos são a Constituição do México de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Brasileira de 1934, influenciada pelas duas primeiras. Houve notável aumento da intervenção do Estado na ordem econômica e social.

Após a Segunda Guerra Mundial, especialmente a partir da década de 1970, algumas constituições passaram a prever os chamados direitos de terceira geração, ou direitos humanos societários, como, por exemplo, o direito à paz, ao meio ambiente e à co-propriedade do patrimônio comum do gênero huma-

*A autora é advogada e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos/Minas Gerais. Mestre em Direito Internacional pela Universidade de Zurique, Suíça. A autora agradece a participação no “*Fremdsprachiges Rechtsstudium an der Humboldt-Universität zu Berlin (brasilianisches Recht)*”, em especial à Professora do curso “Teoria da Constituição”, *Dozentin* Renata Camilo de Oliveira, lecionado na Faculdade de Direito desta Universidade, Berlim, novembro de 2009.

¹ De acordo com a doutrina, o Constitucionalismo possui quatro fases distintas: Antiguidade Clássica, o Constitucionalismo Antigo (Sec. XIII a XVIII), Constitucionalismo Moderno (a partir do Sec. XVIII) e o Neoconstitucionalismo.

² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

no³. Embora existam críticas acerca desta clássica classificação dos direitos fundamentais⁴, os direitos de terceira geração (chamados interesses ou direitos difusos) são tidos como aqueles cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser clara e nitidamente determinados⁵.

Ademais, vale destacar que essas mudanças históricas levaram não somente a um acréscimo de novas “gerações”, mas também a uma redefinição dos direitos anteriormente conquistados, como por exemplo a sujeição da propriedade ao cumprimento da função social, e a “releitura” do princípio da igualdade.

Como esclarece Carvalho Netto⁶, não se trata somente de uma “cumulação”, mas também de uma redefinição paradigmática dos “velhos” em “novos direitos”. Os direitos fundamentais possuem um conteúdo inesgotável e são sempre abertos a novas re-significações.

O atual Constitucionalismo, também chamado de contemporâneo, tende a caracterizar-se pela existência de textos amplos, analíticos, pormenorizados, e pela previsão de programas a serem realizados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. É a denominada Constituição Dirigente (ou programática).

³ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

⁴ Neste sentido vide: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “*Teoria Discursiva da Argumentação Jurídica de Aplicação e Garantia Processual Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, vol. 88, p. 109-147, 2003.

⁵ CARVALHO NETTO, Menelick. *Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, 1998, vol. 3, p.473-486.

⁶ *Op. cit.*

No Brasil, a história do Constitucionalismo se confunde com as transformações do próprio Estado Brasileiro, devendo-se destacar, ainda, as significativas contribuições e influência de movimentos constitucionalistas estrangeiros, como o inglês⁷, o norte-americano⁸ e o francês⁹.

Apesar de relativamente “jovem”, o País já passou por sete constituições diferentes, e o atual texto, composto por 250 artigos (além do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), já conta com 64 emendas constitucionais¹⁰.

A atual Constituição (de 1988) é tida como rígida e analítica; traz em seu bojo normas de princípio programático, traçando objetivos a serem alcançados e preceitos a serem cumpridos pelo Estado.

Conforme veremos a seguir, cada Constituição busca correspondência com as aspirações políticas da época. A influência de textos estrangeiros também é um traço marcante nas Cartas brasileiras.

2. 1824: Fim da era colonial, início da era imperial e a Primeira Constituição Brasileira.

Com o fim do período colonial brasileiro e a declaração de independência do país no ano de 1822 (através do conhecido “Grito do Ipiranga”), tornou-se necessária a elaboração do primeiro texto constitu-

⁷ Magna Carta de 1215 e *Petition of Rights* de 1628.

⁸ Declaração da Virgínia de 1776 e Constituição dos Estados Unidos da América de 1787.

⁹ Constituição Francesa de 1791.

¹⁰ Até a data de 15 de março de 2010.

cional brasileiro. Era o fim da era colonial (1500-1822) e o início do Império (1822-1889) no Brasil.

A primeira Constituinte brasileira foi instalada em 3 de maio de 1823. Entretanto, em decorrência de desentendimentos ocorridos entre a Assembléia Constituinte e o Imperador, e a partir de um ato de “violência política”, a mesma foi dissolvida em 11 de novembro de 1823 (na chamada “Noite da Agonia”).

Em 1824 D. Pedro I outorgou a primeira Constituição brasileira: a “Constituição Política do Império do Brasil”, que foi a mais duradoura das Constituições (65 anos). Nota-se, portanto, que o primeiro texto constitucional brasileiro surgiu diante de um cenário caracterizado por instabilidade e desavenças políticas.

As capitanias então existentes se transformaram em províncias, que integravam o Estado Unitário, o Império¹¹, sendo a ele subordinadas. O constitucionalismo do Império foi marcado por uma influência preponderante dos modelos constitucionais francês e inglês do séc. XIX. Conforme explica Paulo Bonavides, a outorgada Constituição do Império, do ponto de vista teórico, foi marcada por influências francesas, mas, de uma perspectiva doutrinária e fática, aproximava-se, em certo sentido, do modelo inglês, desenvolvendo um sistema de governo próximo ao parlamentarismo,

ainda que um tanto primitivo e híbrido¹².

Entre as principais características da Carta de 1824 está a existência de quatro poderes (formulação quadripartita de Benjamin Constant): Moderador, Judiciário, Executivo e Legislativo. O poder Moderador era exercido pelo próprio imperador e era responsável pela manutenção do equilíbrio entre os demais poderes¹³. As eleições eram censitárias, abertas e indiretas. O catolicismo era adotado como religião oficial.

A Constituição era considerada “semi-rígida”¹⁴, ou seja, tudo o que não era considerado matéria constitucional seria passível de alteração pelo processo legislativo normal, sem as formalidades e requisitos especiais exigidos nas constituições rígidas.

De acordo com o texto de 1824, só era tido como matéria constitucional o que dizia respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos¹⁵ (o artigo 179 trazia um rol de direitos individuais e garantias, que refletia as aspirações do liberalismo econômico). Não obstante a questionável “universal-

¹¹ Artigo 2 da Constituição de 1824.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2008.

¹³ Nesse sentido, ele agia sobre o Legislativo pelo direito de dissolução da Câmara e pelo direito de escolha, a partir de uma lista tríplice, dos senadores (com cargo vitalício). Atuava sobre o Judiciário pelo direito de suspender os magistrados e influía sobre o Executivo pelo direito de escolher e demitir livremente os seus ministros de Estado. (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Editora Malheiros, 2005).

¹⁴ Segundo a doutrina as Constituições costumam ser classificadas, quanto a sua estabilidade, em rígidas, flexíveis, semi-rígidas e imutáveis.

¹⁵ Artigo 178.

zação” desses direitos na sociedade imperial, a Monarquia foi, sem dúvida, um importante passo para a posterior estréia formal e definitiva de um Estado Liberal, que se efetivou com a República.

3. 1891: Fim da era imperial, início da era republicana e nascimento do federalismo no Brasil.

A Monarquia centralizadora “sufocava” a autonomia regional das províncias. Com o passar dos anos, a aspiração federalista ganhou força no Brasil. Na realidade, a idéia descentralizadora já existia desde cedo na história do Império. Os federalistas surgiram no âmago da Constituição de 1823, e permaneceram durante todo o Império, provocando rebeliões como as “Balaia-das”, as “Cabanadas”, as “Sabina-das”, a “República de Piratini”¹⁶.

Em 15 de novembro de 1889 ocorre a proclamação da República. É instalado o governo provisório sob a presidência de Marechal Deodoro da Fonseca e, novamente, surge a necessidade da elaboração e um novo texto constitucional que se adequasse as atuais circunstâncias. Era o fim do Império (1822-1889) e início da República (1889 aos dias atuais).

A primeira Constituinte republicana foi liderada por Prudente de Moraes. Os trabalhos foram elaborados com base no pensamento norte-americano, prevalecendo, portanto, os ideais do federalismo, do presidencialismo e de descentralização dos poderes. No Brasil, a consoli-

dação do federalismo surgiu partindo-se de um Estado altamente centralizado para um modelo descentralizador de poder¹⁷.

A primeira Constituição Republicana, a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil” surge em 1891, promulgada em 24 de fevereiro, adotando a forma federal de Estado (respeitando a autonomia da União e Estados), a forma presidencialista de governo (o presidente seria eleito para um mandato de quatro anos, sem reeleição) e a tripartição dos poderes, independentes entre si, abolindo-se a figura do Poder Moderador. Adota-se, então, a doutrina tripartite de Montesquieu.

O voto era universal, direto, mas “aberto”. Instituiu-se o *habeas corpus*¹⁸ como uma importante garantia constitucional. O cargo de chefe do Poder Executivo federal era exercido pelo Presidente da República, o Poder Judiciário tinha como órgão máximo o Supremo Tribunal Federal, responsável, especialmente, pelo impedimento de violações à Constituição, e o Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional, adotava a estrutura bicameral, com

¹⁷ A forma federal de estado teve início no século XVIII com a Constituição Norte-Americana de 1787. Ao contrário do Brasil (que partiu de um Estado centralizador para a descentralização dos poderes – “hold together”), no caso da Constituição norte-americana, partiu-se de um estado descentralizado (ex-colônias inglesas, recém-independentes) buscando a união de forças para permanecerem com a independência então conquistada (“come together”).

¹⁸ O *habeas corpus* tornou-se regra constitucional em 1891, mas surgiu expressamente no direito brasileiro através do Código de Processo Criminal de 29 de novembro de 1832. Vale pontuar que, na República Velha, como ainda não existia o mandado de segurança, o *habeas corpus* chegou a ser utilizado como instrumento para proteção judicial de outros direitos líquidos e certos, além da liberdade de locomoção. Essa orientação, conhecida como doutrina brasileira do *habeas corpus*, teve como principal expoente Ruy Barbosa, mas se encontra superada.

¹⁶ SILVA, José Afonso. *Op. cit.*

a existência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Sob a influência do constitucionalismo norte-americano, a Carta de 1891 acolheu o princípio do *Judicial Review*¹⁹ ou sistema de Controle Difuso de Constitucionalidade, isto é, por via de exceção, exercido por todos os juízes e tribunais, que perdurou, com certas alterações, nas Constituições posteriores até a vigente.

Embora o controle difuso esteja previsto no nosso atual sistema e seja de inegável relevância, fato é que após a Constituição de 1988 (sobre a qual falaremos ao final deste artigo), ganhou também grande relevo o chamado Controle Concentrado de Constitucionalidade. Gradativamente, o Controle Concentrado ganhou maior espaço no nosso ordenamento, sobretudo em função de significativas inovações atribuídas a este instituto a partir de 1988, como, por exemplo, a ampliação do rol dos legitimados²⁰ para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, anteriormente privativa do Procurador Geral da República.

Ainda em decorrência da influência norte-americana, a Constituição brasileira de 1891, inspirando-se também na Constituição Argentina de 1853, fez previsão da possibilidade de intervenção do Governo Federal, mas em caráter excepcio-

nal, nos negócios pertinentes aos Estados, a fim de assegurar a execução das leis, sentenças federais e reorganizar as finanças do Estado (artigo 6, inciso IV). É importante ressaltar o que os Estados dispunham, segundo o texto constitucional, de autonomia, possuindo suas próprias constituições. A regra, portanto, é sempre a não-intervenção, ou seja, a preservação da autonomia dos Estados membros.

Tal autonomia está relacionada com a forma federativa do Estado Brasileiro que, por sua vez, constitui uma das cláusulas pétreas no atual texto Constitucional (1988)²¹.

Entretanto, conforme observa José Afonso da Silva²², a “Constituição de 1891 constituía um formoso arcabouço formal. Era o texto da Constituição norte-americana completado com algumas disposições das Constituições suíça e argentina. Faltara-lhe, porém, vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social e não regeu os fatos que previra”.

Na realidade, predominava o “Colonelismo”, baseado no “poder dos governadores” que governavam o país revezando-se no poder. As oligarquias dominantes eram São Paulo e Minas Gerais²³. Tal prática

¹⁹ O sistema de Controle de Constitucionalidade pelo Poder Judiciário teve origem nos Estados Unidos da América, através do caso *Marbury v. Madison* [5 U.S. 137 (1803)]; o *Chief Justice* Marshall determinara que um ato do Legislativo, contrário à Constituição, é nulo e não tem qualquer efeito, de outra forma a própria base das Constituições seria subvertida, pois os limites prescritos poderiam ser ultrapassados discricionariamente.

²⁰ Vide artigo 103 da Constituição Federal.

²¹ Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

²² *Op. cit.*

²³ A política de domínio e revezamento do poder nacional dos Estados de São Paulo e Minas Gerais recebeu o nome de “Política do Café-com-Leite”, devido ao fato de que SP era o Estado mais poderoso economicamente e o maior produtor de café e MG era considerado o maior pólo eleitoral do país e o maior produtor de leite.

constituía um total desrespeito as normas constitucionais relativas ao princípio democrático e à organização dos Poderes.

Entretanto, o desenvolvimento econômico do país enfraquecia a política do “coronelismo”. Com a revolução de 1930, Getúlio Vargas chega ao poder e coloca um fim à chamada República Velha.

4. 1934: A influência da Constituição Alemã de Weimar e a curta duração do texto de 1934

Com a Revolução Paulista de 1932 e o crescimento da exigência, na época, da restauração da democracia, é instalada uma comissão para a elaboração de uma nova constituição. Em 16 de julho de 1934 é promulgada a nova Constituição da República: a segunda “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”.

É importante enfatizar que a Carta de 1934, inspirando-se na Constituição Alemã de Weimar de 1919, surgiu diante de um cenário em que se exigia o restabelecimento do estado democrático de direito.

A Constituição de Weimar (*Weimarer Verfassung*) foi assinada em 11 de agosto de 1919 e foi a primeira Constituição democrática da Alemanha, marcando a fundação da chamada “República de Weimar”. Representou o marco do movimento constitucionalista que consagrou direitos sociais de 2ª geração (tais como relativos às relações de trabalho, à educação e à cultura), além assegurar às mulheres igualdade de direitos em relação aos homens e garantir a liberdade de opinião. Com a Constituição de

Weimar o Estado foi reorganizado em função da sociedade e não mais do indivíduo²⁴.

A Constituição de 1934 estabeleceu diversas novas medidas, entre elas a ampliação dos Poderes da União (enumerados nos artigos 5 e 6, incluindo o deslocamento para União de matérias antes reservadas aos Estados), o aumento dos poderes do Executivo, a criação do mandado de segurança, a introdução da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar, a previsão de direitos econômicos e sociais (introdução do Título “Ordem Econômica e Social”), e do Título sobre a família, a educação e a cultura, de conteúdo predominantemente programático. Nos termos da Carta de 1934, o voto passou a ser secreto (além de universal e direto), incluindo-se ainda o direito ao voto feminino, instituído em 1932 pelo Código Eleitoral.

5. 1937: A Carta outorgada e o início do Estado Novo

As diferentes ideologias que se propagavam pelo mundo no período pós-Primeira Guerra Mundial, ganhavam “voz” também no Brasil. Surgiu no país um partido fascista (liderado por Plínio Salgado); existia também um partido de cunho comunista (chefiado por Luís Carlos Prestes).

Diante deste cenário, apenas três anos após à promulgação da Consti-

²⁴ Apesar de possuir aspectos positivos como os acima mencionados, a Constituição de Weimar também apresentou pontos negativos, como, por exemplo, a delegação de poderes excessivos a apenas uma pessoa (o presidente do “Reich”, que dispunha de meios ditatoriais para governar), o que possibilitou, posteriormente, a ascensão de Hitler ao poder.

tuição de 1934, Getúlio Vargas outorga, em 10 de novembro de 1937, a quarta Constituição do Brasil e a terceira da República, sob a famosa e seguinte alegação: *“As novas formações partidárias, surgidas em todo o mundo, por sua própria natureza refratária aos processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central”*. Sob esse discurso de caráter protetivo, instaura-se no país o chamado “Estado Novo”. Inicia-se a ditadura no Brasil.

A Carta de 1937 concedeu amplos poderes ao Presidente da República, fortalecendo o poder Executivo; limitou a autonomia do Poder Judiciário bem como dos Estados Membros. Houve violação a direitos fundamentais. Os Poderes Executivo e Legislativo ficaram concentrados nas mãos do Presidente da República, que legislava através de decretos-leis.

A Constituição de 1937 ficou conhecida como a “Polaca”, em referência à constituição outorgada e autoritária do marechal Jozsef Pilsudski (1935), líder militar e ditador polonês.

A Carta de 1937, caracterizada por ser fortemente centralizadora dos poderes, prevaleceu durante todo o período da ditadura Vargas (o chamado “Estado Novo”, 1937-1945).

6. 1946: Fim da Segunda Guerra Mundial e a redemocratização no Brasil

Com o término da Segunda Guerra Mundial em 1945 e o cenário internacional vivido naquela época (marcado pela busca e recomposição dos princípios constitucionais), aumentaram-se, também no Brasil, as pressões a favor da redemocratização.

Desta forma, em decorrência da queda de Getúlio Vargas, instalou-se a Assembléia Constituinte sob o governo de Eurico Gaspar Dutra, então presidente (1946-1951), promulgando-se uma nova Constituição em 18 de setembro de 1946: a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil” e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Consagrou-se liberdades expressas na Constituição de 1934, que haviam sido retiradas em 1937. A Carta de 1946 era caracterizada por traços democráticos; restabeleceu o bicameralismo e condicionou a propriedade privada ao bem estar social. Foi considerada bastante avançada para a época, e, notadamente, foi um grande avanço da democracia e das liberdades individuais do cidadão.

Contudo, o País, que passava por sucessivas crises políticas e conflitos de poder, passou a viver profunda crise institucional após a renúncia de Jânio Quadros (1961). Os militares não aceitavam a posse do Vice-Presidente João Goulart (conhecido como “Jango”), também eleito democraticamente para o cargo de vice presidente.

Aprovou-se, então, a Emenda Constitucional n. 4 em 2 de setembro de 1961, instituindo o

Parlamentarismo no Brasil. João Goulart, após negociações com a oposição, manteve-se no poder. Em 1962, entretanto, restaurou-se o Presidencialismo²⁵ e, a partir daí, o país caminhou para a crise de 1964, culminando com o Golpe Militar de 1964 e a retirada de João Goulart do poder. O Congresso Nacional realizou eleições indiretas para o novo Presidente da República. Marechal Castelo Branco foi eleito e assumiu o poder em 15 de abril 1964. A Constituição de 1946, que continuava em “vigor” até aquele momento, não fazia mais sentido para a época vivida pelo país. Para atender aos interesses do governo militar, tornaram-se necessárias diversas alterações no texto de 1946 (até então mantido por meio do Ato Institucional n. 1 de 1964). Várias cassações de mandatos e suspensão de direitos políticos foram impostas.

Após sucessivas mitigações à Carta de 1946, somadas à pressão dos militares, uma nova Carta Constitucional fez-se necessária a fim de institucionalizar e “legitimar” o regime militar decorrente do Golpe de 1964.

7. 1967: o início da Ditadura Militar no Brasil e a restrição a direitos e liberdades individuais

Trinta anos após o golpe do Estado Novo (ditadura da Era Vargas), ao Brasil era imposta, novamente, uma constituição autoritária e outorgada pelos detentores do poder. Desta vez, nos moldes exemplares de

ditadura latino-americana. Iniciava-se, aqui, a fase da Ditadura Militar no Brasil, permanecendo até o ano de 1985.

Em 15 de março de 1967 entrou em vigor no país a nova Constituição do Brasil, influenciada pela Constituição de 1937. A Carta de 1967 aumentou a influência do Poder Executivo sobre o Legislativo e Judiciário, criando, desta forma, uma hierarquia constitucional centralizadora. Embora a forma federativa tenha sido mantida, houve um grande aumento dos Poderes da União. Segundo a doutrina, houve ainda perversão do presidencialismo, com a utilização de Decretos-leis e previsão de leis delegadas e da legislação de urgência. Suspenderam-se as garantias da magistratura e ampliou-se a competência da Justiça militar.

Em decorrência de sucessivos Atos Institucionais, editou-se a Emenda n. 1 de 17 de outubro de 1969 a fim de unificar o texto de 1967. Há entendimentos no sentido de que a Emenda n. 1/1969 seria uma nova Constituição²⁶. Entretanto, a maioria dos constitucionalistas prevalece com o entendimento contrário, ou seja, de que a Emenda n. 1 foi apenas uma alteração ao texto constitucional de 1967. Independente da corrente que se adote, fato é que durante este período a autonomia individual foi bastante reduzida e vários direitos e

²⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

²⁶ Nesse sentido é a opinião de José Afonso da Silva. Segundo ele, a “Emenda” de 1969 não se tratou, na realidade, de uma emenda constitucional, e sim de uma nova constituição. A “emenda de 69” teria sido apenas um meio para o mecanismo de outorga da nova constituição, cujo texto foi integralmente reformulado.

garantias foram desrespeitados e integralmente violados.

8. 1988: a busca por valores democráticos

A luta pela reconstrução de um Estado Democrático de Direito tornou-se intensa no ano de 1984, quando o povo foi às ruas exigindo eleições diretas para Presidente da República (movimento conhecido como “Diretas Já”).

Em 15 de janeiro de 1985 foi eleito o novo presidente do Brasil, mas pelo voto indireto de um colégio eleitoral. Tancredo Neves, então Governador de Minas Gerais, representava a esperança para grande parte da população na conquista de uma Nova República, democrática e social. Tancredo venceu as eleições, mas adoeceu gravemente às vésperas da posse e morreu antes de ter sido empossado. Ele seria o primeiro presidente civil após o Golpe de 1964. Sua morte causou grande comoção nacional.

Assumiu a presidência o então vice José Sarney. A Assembléia Nacional Constituinte foi convocada através da Emenda Constitucional n. 26/85 e instalada em fevereiro de 1987 para a elaboração do novo texto constitucional. Após anos sob a ditadura militar e a diminuição de direitos e garantias individuais, buscava-se resgatar valores democráticos e atribuir maior efetividade aos direitos fundamentais.

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a sétima e atual Constituição brasileira, trazendo em seu texto matérias até então não existentes nas Cartas anteriores, como direitos ligados à tecnologia, meio ambiente, criança, adolescente e idoso. A Carta de 1988 representou um avanço para o constitucionalismo brasileiro. De acordo com Ricardo Fiuza, “até que enfim adota-se o esquema das Constituições democráticas modernas, como as de Portugal (1976) e Espanha (1978), iniciando-se o seu texto pelos Princípios, Direitos e Garantias Fundamentais, só depois tratando do Poder do Estado. Criticada por muitos, merece, no entanto, o elogio de ser a mais didática das Constituições brasileiras²⁷”.

Os direitos fundamentais passaram a figurar como Título I (diferentemente das constituições anteriores). Estão previstos diversos “Remédios Constitucionais”, instrumentos jurídicos disponíveis para assegurar os direitos constitucionais, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança (instrumentos já existentes em textos anteriores) e o *habeas data* e o mandado de injunção, instituídos pela Constituição de 1988.

A atual Carta ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, assim batizada pelo então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, devido à ampla

²⁷ FIUZA, Ricardo A. Malheiros, “O 20º aniversário de nossa 7ª Constituição”. Revista Del Rey Jurídica, Ano 10, n.20, 2008.

participação popular na sua elaboração e à conquista dos direitos sociais e individuais nela garantidos. Ao mesmo tempo que a Constituição contou com uma ampla participação popular em seu processo de elaboração, ainda mais relevante, entretanto, foi o fato da mesma ter se orientado de forma decisiva para a plena realização da cidadania. É também considerada um exemplo destacado de Constituição Dirigente, enquanto define fins e programas de ação futura a serem desenvolvidas ulteriormente pelos legisladores ordinários. Nas palavras de José Afonso da Silva, “a Constituição, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir corretamente”²⁸.

Embora seja considerada uma Constituição complexa, analítica e pormenorizada, sobretudo face ao elevado número de artigos, assim como devido ao detalhamento de determinados tópicos, não se pode negar que a Carta de 1988 é um modelo para o constitucionalismo brasileiro e para o estudo do constitucionalismo em geral.

O texto vigente, ao garantir direitos e estabelecer metas futuras, busca atender aos anseios sociais, na tentativa de construir uma sociedade

mais justa e igualitária. O seu maior desafio, entretanto, é ser efetivamente cumprida e coerente com os seus próprios ideais.

²⁸ Aplicabilidade das Normas Constitucionais, São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

Neues Schrifttum zum brasilianischen Recht

Andreas Grünewald

Baier, Jens/Thomas Schmid

Qualifikation der Verzinsung des Eigenkapitals einer brasilianischen Kapitalgesellschaft.

IStR 2010

Seiten 20-23.

Bernardi, Jacqueline

Solidarische Ökonomie Selbstverwaltung und Demokratie in Brasilien und Deutschland.

Kassel: Kassel Univ. Press, 2007.

Böttger, Fabian

Zwangslizenzen im Patentrecht - Eine systematische Bewertung der neueren Praxis insbesondere im Bereich der öffentlichen Gesundheit.

GRUR Int. 2008

Seiten 881-891.

Brugger, Winfried/Ingo Wolfgang Sarlet

Moderner Konstitutionalismus am Beispiel der US-Verfassung, des Grundgesetzes und der brasilianischen Verfassung: eine rechtsvergleichende Perspektive.

In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge, Band 56,

herausgegeben von Peter Häberle

Tübingen: Mohr Siebeck, 2008

Seiten 613-638.

Corotto, Susana

Brasilianische und Deutsche Unternehmen in der Krise: Ein Rechtsvergleich zwischen beiden Reorganisationsmodellen im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit.

Aachen: Schaker, 2009

Dagnese, Napoleão

Verrechnungspreise und die Aufzeichnungspflicht im brasilianischen und deutschen Steuerrecht.

Frankfurt M. u.a.: Lang, 2008.

Jayme, Erik

Zur Anerkennung einer deutschen Volljährigenadoption in Brasilien.

In: Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag,

herausgegeben von Dietmar Baetge, Jan von Hein, und Michael von Hinden

Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

Seiten 321-328.

Junqueira Inglez Souza, Marcelo

Durchsetzung und Wirksamkeit der Rechte des geistigen Eigentums in Brasilien: ein Vergleich mit der Richtlinie 2004/48 EG des Europäischen Parlaments und des Rates der Europäischen Union zur Ermittlung des brasilianischen Rechtssystems.

Hamburg: Kovac, 2009.

Kayser, Hartmut-Emanuel

Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil. Desenvolvimento histórico e estágio atual,
Porto Alegre: Ed. Fabris, 2010
(Übersetzung des Buches: *Die Rechte der indigenen Völker Brasiliens - historische Entwicklung und gegenwärtiger Stand*, 2005, Schriften der DBJV Bd.32);

Kissel, Johannes

Adaptation von Stromeinspeisegesetzgebungen (feed-in laws) an die Rahmenbedingungen in Schwellenländern am Beispiel Brasiliens.
Berlin: mbv, 2008.

Kunisawa, Viviane Yumi Mitsuuchi

Brasilien - Aktuelle Entwicklungen hinsichtlich der Rolle der nationalen Gesundheitsbehörde ANVISA im Erteilungsverfahren für pharmazeutische Patente.
GRUR Int. 2009
Seiten: 88-89.

Kunisawa, Viviane Yumi Mitsuuchi

Brasilien - Gericht verneint direkte Anwendbarkeit des TRIPS.
GRUR Int. 2009
Seite 630.

Kunisawa, Viviane Yumi Mitsuuchi

Brasilien - Neue Gesetzentwürfe zur Änderung des Patentrechts.
GRUR Int. 2009
Seiten: 89-90.

Marrara, Thiago

Planungsrechtliche Konflikte in Bundesstaaten Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel

der raumbezogenen Planung in Deutschland und Brasilien.

Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2009.

de Melo-Reiners, Irma Silvana

Regenwaldschutz in Brasilien und das Umweltvölkerrecht. Die Amazonasfrage als internationaler Streitfall.

Aachen: Schaker, 2009

Mendes, Gilmar

Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien: das Problem der verfassungswidrigen Unterlassung des Gesetzgebers.

In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge, Band 57,

herausgegeben von Peter Häberle.

Tübingen: Mohr Siebeck, 2009

Seite: 679-695

Menke, Fabiano

Die elektronische Signatur im deutschen und brasilianischen Recht eine rechtsvergleichende Studie.

Baden-Baden: Nomos, 2008.

Müller, Friedrich

Die Brasilianische Verfassung von 1988 und die Verfassungen der Welt im 21. Jahrhundert. In: Gerechtigkeit als "Die Unruh im Uhrwerk".

Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

Seite: 209-224.

Müller, Friedrich

Die Strukturierende Rechtslehre in Brasilien: Theoretische Grundlagen – Methodik – Demokratie und die Rolle des Volks – Verfassungslehre – Politik.

In: Gerechtigkeit als "Die Unruh im Uhrwerk".

Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

Seiten: 155-173.

Nery Junior, Nelson

Treu und Glauben und Öffentliche Gewalten: die Änderung der Rechtsprechung der obersten Gerichte und deren ex nunc Wirkungen.

In: Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag,

herausgegeben von Rolf Stürmer, Hiroyuki Matsumoto, Wolfgang Lüke, und Masahisa Deguchi.

Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

Seiten: 1161-1183.

Nordmeier, Carl Friedrich

Die Reform des brasilianischen Ehegüterrechts und ihre Bedeutung für deutsch-brasilianische Sachverhalte, insbesondere in Scheidungsfällen.

StAZ 2009

Seiten: 71-76.

Peterke, Sven

Die Strafbarkeit der Bildung krimineller Vereinigungen nach brasilianischem Recht - Anmerkung im Lichte der Palermo-Konvention.

Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2008

Seiten: 256-262.

Peterke, Sven

Rio de Janeiros 'Drogenkrieg' im Lichte der Konfliktforschung und des Völkerrechts. Eine Fallstudie zur Behandlung organisierter bewaffneter Gewalt.

Berlin: BWV, 2009

Ramos, Erasmo Marcos

Direito Ambiental Comparado (Brasil-Alemanha-EUA). Uma análise exemplificada dos instrumentos ambientais brasileiros à luz do Direito Comparado.

Maringá PR, Ed. Midiograf II, 2009

(Übersetzung des Buches: *Brasiliänisches Umweltrecht als Biosphärenschutzrecht. Eine rechtsvergleichende System- und Fallanalyse am Beispiel des Projektes des Wasserweges Hidrovia-Paraná-Paraguay(HPP)*, 2005 , Schriften der DBJV Bd.34).

Rechsteiner, Beat W.

Die internationale Durchsetzung von Geldforderungen nach brasilianischem Recht.

RIW 2009

Seite: 695

Salgado, Luiz

Die Modulproduktion in der Automobilindustrie Brasiliens eine rechtliche und ökonomische Analyse.

Berlin: Duncker & Humblot, 2007.

Samtleben, Jürgen

Brasilianisches Staatsangehörigkeitsrecht zwischen ius soli und ius sanguinis.

StAZ 2009

Seiten: 268-271.

Samtleben, Jürgen

Zur Anerkennung ausländischer Schiedssprüche in Brasilien.

SchiedsVZ 2009

Seiten: 109-117.

Santos, Mauricio Teixeira dos

Deutsche DBA-Politik - ein Blick von außen: Deutsche Kündigung des DBA Brasilien - Hintergründe und Folgen.

S:R (Status:Recht, BB-Beilage) 6/2008

Seiten: 213 ff.

Sester, Peter

Entwicklungslinien des brasilianischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts.

RIW 2010

Seiten: 97 ff.

Sester, Peter

Institutionelle Reformen in heranreifenden Kapitalmärkten: der brasilianische Aktienmarkt eine institutionenökonomische Analyse zu internationalen Standards, Regulierung und Selbstregulierung.

Berlin: de Gruyter Recht, 2009.

Sester, Peter

Selbstlisting und Fusion der beiden brasilianischen Börsen BOVESPA und BM&F.

RIW, 2008

Seiten: 681-686.

Schmidt, Jan P.

Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive.

Tübingen: Mohr Siebeck, 2009

Tavares, Juarez

Strafrechtsreform in Brasilien: Überblick über die letzten Jahre.

In: Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte, Nr. 9 (2007/2008),

herausgegeben von Thomas Vormbaum,

Berlin: BWV - Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008

Seiten: 188-220.\