

Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung

WWW.DBJV.DE

**Heft 1 / 2013 (31. Jahrgang)
Mai 2013**

Inhalt

Ankündigung und Programm der XXXII. Jahrestagung in Nürnberg ...	1
Bericht zur XXXI. Jahrestagung in Weimar (I.H. Hübert/T. Quarch/J.P. Schmidt)	5
Das Scheingeschäft im brasilianischen Zivilgesetzbuch von 2002 (Francisco S. Medina)	16
Direitos da personalidade dos pacientes terminais (Henrique Moraes Prata)	30
Formulários oficiais do Estado Livre da Baviera sobre diretivas antecipadas de vontade	46
Protokoll der Mitgliederversammlung 2012	57
Kurzmitteilungen	61

Impressum

Herausgeber:

Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.

Vereinsregister Nr. 8076,

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

Vorstand:

Dr. Hans-Joachim Henckel, Vorsitzender, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin;

Rechtsanwalt Andreas Sanden, c/o Pacheco Neto, Sanden, Teisseire

Advogados, Al. Franca 1050 - 3, 9 and 11th floors, 01422-001, São Paulo – SP / Brasilien;

Rechtsanwältin Irene Haagen, Hinterm Gericht 23, 93183 Kallmünz;

Rechtsanwalt Parvis Papoli-Barawati, Franz-Lenz-Str. 4, 49084 Osnabrück;

Dr. Jan Peter Schmidt, Wissenschaftlicher Referent, 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

ISSN: 2195-1438 (Print)

2195-1446 (Internet)

Redaktion der Mitteilungen:

Ivens Henrique Hübert, Hamburg

Dr. Jan Peter Schmidt, Hamburg

e-mail: schmidt@mpipriv.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 der Herausgeber.

Ankündigung und Programm der XXXII. Jahrestagung der DBJV

Liebe Mitglieder und Freunde der DBJV,

die diesjährige Tagung der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung e.V. wird vom 21.-24. November 2013 in Nürnberg stattfinden. Vor dem Hintergrund der florierenden Handelsbeziehungen zwischen beiden Ländern werden wir uns den rechtlichen Rahmenbedingungen für einen erfolgreichen wirtschaftlichen Austausch widmen. Ausgehend vom UN-Kaufrecht, das jüngst auch von Brasilien ratifiziert wurde und damit ab April 2014 in deutsch-brasilianischen Kaufgeschäften unmittelbar anwendbar sein wird, werden zunächst verschiedene theoretische und praktische Aspekte der Vertragsgestaltung erörtert. Anschließend stehen Fragen des Vergaberechts und des Investitionsschutzes im Mittelpunkt. Wie immer werden unsere Referenten Perspektiven aus verschiedenen Bereichen des Rechtslebens bieten.

Der Vorstand hofft auf rege Teilnahme, auch Nicht-Mitglieder sind herzlich willkommen! Unter www.dbjv.de können Sie jederzeit die aktuelle Fassung des Programms einsehen.

Auf ein baldiges Wiedersehen!

für den Vorstand

Dr. Jan Peter Schmidt

**Vertragsgestaltung und Investitionsschutz
im deutsch-brasilianischen Rechtsverkehr**

**Formulação de contratos e proteção de investimentos
nas relações jurídicas Alemanha-Brasil**

**Programm / Programa
(Stand: 31.5.2013)**

XXXII. Jahrestagung 2013 / Congresso Anual 2013

**Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.
Associação de Juristas Alemanha-Brasil**

21. bis 24. November 2013 / de 21 a 24 de Novembro de 2013

Nürnberg

Donnerstag / Quinta-feira, 21. November 2013

20h00 Informeller Begrüßungsabend / Jantar informal de boas vindas
historische Bratwurstküche „Zum Gulden Stern“, Zirkelschmiedgasse 26, 90402 Nürnberg

Freitag / Sexta-feira 22. November 2013

**Tagungsort/Local: Königssaal des Oberlandesgerichts Nürnberg,
Fürther Str. 110, 90429 Nürnberg**

09h00 Registrierung der Teilnehmer / Credenciamento

09h30 Begrüßungsansprachen / Ceremônia de abertura

Dr. Hans-Joachim Henckel, Vorsitzender der DBJV
NN, Brasilianische Botschaft

10h00 Eröffnungsreferat / Palestra de abertura
Prof. Dr. Burghard Piltz, BRANDI Rechtsanwälte, Gütersloh
Die Bedeutung des UN-Kaufrechts für die internationale Vertragspraxis
mit anschließender Diskussion / com debate

11h30 Dr. Luiz Guilherme Salgado, Bilfinger Berger, Düsseldorf
Sachmängelgewährleistung und Haftungsausschlüsse im brasilianischen Kaufrecht
mit anschließender Diskussion / com debate

13h00 Mittagessen / Intervalo para almoço
Kulturbrauerei Lederer, Sielstr. 12, 90429 Nürnberg

14h30 Andreas Sanden und Jürgen Holweg, São Paulo
Sicherungsmöglichkeiten und Vertragsdurchsetzung im Deutsch-Brasilianischen Rechtsverkehr
mit anschließender Diskussion / com debate

16h00 Rechtsanwalt Ulrich Klemm, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln
Förderung, Schutz und Risiken für Investitionen in Brasilien – Stand und aktuelle Entwicklungen
com debate / mit anschließender Diskussion

20h00 Abendveranstaltung / Jantar
Heilig Geist Spital, Spitalgasse 16, 90403 Nürnberg

Samstag / Sábado, 23. November 2013

9h30 Fortsetzung der Tagung / Continuação do Congresso

10h00 NN, Vergaberecht und Vertragsgestaltung bei Beschaffungen
der Öffentlichen Hand in Brasilien
com debate / mit anschließender Diskussion

11h30 Dr. Klaus Willenbruch, Taylor Wessing, Hamburg
Vergaberecht und Vertragsgestaltung bei Beschaffungen der
Öffentlichen Hand in Deutschland
com debate / mit anschließender Diskussion

13h00 Mittagessen / Intervalo para almoço
Kulturbrauerei Lederer, Sielstr. 12, 90429 Nürnberg

14h30 NN, Ein Blick in die Praxis: der Umgang mit nichttarifären
Handelshemmnissen im Deutsch-Brasilianischen Wirt-
schaftsverkehr

15h30 Führung durch das „Memorium Nürnberger Prozesse“ im
OLG Nürnberg, Bärenschanzstr. 72, 90429 Nürnberg

20h00 Festliches Abendessen im / Jantar Solene no
Schloss Reichenschwand, Schlossweg 12, 91244 Reichen-
schwand

Sonntag / Domingo, 24. November 2013

10h00 Mitgliederversammlung der DBJV / Assembléia dos
Associados
Le Meridien Grand Hotel, Fürstenhof, Bahnhofstr. 1-3,
90402 Nürnberg

Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V., Frankfurt

Vorstand / Diretoria:

Dr. Hans-Joachim Henckel, Berlin

Irene Haagen, Kallmünz

Parvis Papoli-Barawati, Osnabrück

Andreas Sanden, São Paulo

Dr. Jan Peter Schmidt, Hamburg

„Arbeitsrecht in Deutschland und Brasilien“ – Bericht zur XXXI. Jahrestagung der DBJV in Weimar

von IVENS H. HÜBERT, TILMAN QUARCH und JAN PETER SCHMIDT

1. Zur XXXI. Jahrestagung trafen sich vom 8.-11. November 2012 gut 70 Mitglieder der DBJV in der Kulturstadt Weimar, um über Fragen des Arbeitsrechts in Deutschland und Brasilien zu diskutieren. Die Wahl des Tagungsortes erwies sich einmal wegen der Nähe zum Bundesarbeitsgericht in Erfurt als glücklich, das am Donnerstag von einer Gruppe von etwa 30 Personen besichtigt werden konnte. Dabei wurde eine fachkundige Führung durch einen Sitzungssaal einschließlich Beratungszimmer und die Bibliothek durch einen Überblick über die Besonderheiten des Gerichts abgerundet. Hierbei erregten die paritätische Besetzung mit Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern als Laienrichter und die im Vergleich zu anderen Gerichtszweigen außerordentlich kurzen Verfahrensdauern besondere Neugier seitens der Besucher. Daneben begeisterte Weimar die Teilnehmer aber natürlich auch durch seine kulturhistorischen Schätze. Selbst im Tagungssaal in der Bauhaus-Universität, gestaltet nach den Plänen des berühmten Architekten Henry van de Velde, konnte der besondere Geist der Stadt unmittelbar eingeatmet werden.

Präsident *Dr. Jan Curschmann* leitete seine Eröffnungsansprache mit einem Rückblick auf die Tagung im Jahr 1986 ein, die ebenfalls dem Arbeitsrecht gewidmet war und im damals noch geteilten Berlin stattgefunden hatte. Wenn nun, 26 Jahre später, eine erneute Beschäftigung mit dem Arbeitsrecht an einem Ort in den Neuen Bundesländern erfolgen könne, so symbolisiere dies eindrucksvoll die tiefgreifenden Veränderungen, die seither in Deutschland stattgefunden haben. Gleiches gelte aber auch für Brasilien, das sich zur damaligen Zeit in der Phase des Übergangs zwischen Militärdiktatur und Demokratie befunden habe, die ihren Abschluss 1988 in der Verabschiedung der neuen Verfassung fand. Während die anschließenden Jahre mit dem „Impeachment“ von Präsident Collor de Melo und der chronisch hohen Inflation noch durch politische und wirtschaftliche Instabilität geprägt gewesen seien, sei es unter der Präsidentschaft von Fernando Henrique Cardoso seit 1994 dann stetig bergauf gegangen. Das derzeit laufende Strafverfahren zur Aufarbeitung des *Mensalão*-Skandals, also der von der Regierungspartei organisierten Bestechung von Abgeordneten mittels Staatsgeldern, zeige schließlich, dass auch in der politischen und juristischen Kultur Brasiliens inzwischen ein Paradigmenwechsel stattgefunden habe. Mit der Verurteilung eines Großteils der Angeklagten sei ein kräftiges Signal ausgesandt wor-

den, dass die Tradition der *impunidade* (Straflosigkeit) ihrem Ende entgegen sehe.¹

Anschließend übermittelte die *Gesandte Silvana Polich* der Vereinigung die Grüße der Brasilianischen Botschaft. Sie lobte die Wahl des Tagungsthemas und unterstrich die Bedeutung des Arbeitsrechts in Zeiten des wachsenden Austauschs von Gütern und Personen zwischen Deutschland und Brasilien und einer allgemeinen Intensivierung der Beziehungen beider Länder. Deutschland sei ein *aliado fundamental* für die wirtschaftliche Entwicklung Brasiliens, in dem es eine große Nachfrage nach qualifizierten Arbeitskräften gebe, was auch durch den starken Anstieg von beantragten und ausgestellten Arbeitsvisa verdeutlicht werde. Vor diesem Hintergrund sei eine gründliche Kenntnis des Arbeitsrechts des jeweils anderen Landes unabdingbar.

2. Das Eröffnungsreferat war der Bedeutung Weimars als Kulturstätte gewidmet und insbesondere den Beziehungen, die Johann Wolfgang von Goethe von dort aus zu Brasilien entwickelt hatte. Referent war der Kulturschaffende *Sylk Schneider*, der das Thema bereits in seinem vielgelobten Buch „Goethes Reisen nach Brasilien“ (Weimar 2008) eingehend behandelt hat. Mittels stupender Fachkenntnis und ansteckender Begeisterung zog *Schneider* die Zuhörer schnell in seinen Bann. Er erzählte anhand vieler Beispiele wie der Dichterstern, obwohl er Zeit seines Lebens niemals nach Brasilien reiste, stets ein besonderes Interesse für das Land hegte und keine Gelegenheit verstreichen ließ, sich von Brasilien-Reisenden ausführlich Bericht geben zu lassen, ja diese förmlich „auszusaugen“. Zu den prominenten Brasilienkennern, die Goethe empfing, gehörte etwa Ludwig von Eschwege, der als Geologe und Bergmann einen wesentlichen Beitrag zur Erschließung der brasilianischen Minen geleistet hatte und durch die fabrikmäßige Herstellung von Eisen dort zu großem Reichtum gekommen war. Ein anderer war der berühmte Naturforscher Carl Phillip von Martius, der von 1817-1820 ausgiebige Studien zur brasilianischen Botanik unternahm und später die Sammelreihe „Flora Brasiliensis“ begründete und herausgab. Schließlich zählte auch der Entdecker Maximilian zu Wied-Neuwied zu Goethes Besuchern, der Brasilien von 1815-1817 bereist und erforscht hatte. Der Kontakt zu Wied-Neuwied führte schließlich auch dazu, dass Goethe zum Namensgeber einer brasilianischen Pflanze wurde, der *Goethea cauliflora*. Wied-Neuwied hatte von dem damals noch unbekanntem Malvengewächs von Brasilien aus einige Samen nach Deutschland gesandt, wo die Pflanze von Christian Nees von Esenbeck näher untersucht wurde. Als Zeichen seiner Bewunderung für Goethe, mit dem er in engem Kontakt stand, gab von Esenbeck ihr ihren bis heute gültigen Namen. Vom deutschen Journalisten, Schriftsteller und Goethe-Kenner Ernst Feder, der im dritten

¹ Siehe zum Thema auch die Kurzmitteilung auf S. 62 in diesem Heft (Anm. der Redaktion).

Reich erst nach Frankreich und dann nach Brasilien geflohen war, wurde die *Goethea* 1949 in Rio de Janeiro anlässlich seiner Rede zum 200. Geburtstag Goethes schließlich sogar zur „Symbolpflanze des Humanismus“ erklärt. In Abwandlung des Goethe-Zitats „Ein jeder kehre vor seiner Tür...“ schloss Feder damals mit dem Vers: „Ein jeder pflanze eine Goethea vor seiner Tür, und rein ist jedes Stadtquartier“.

Zeugnis von Goethes großer Brasilienbegeisterung legten schließlich auch viele Gegenstände in seinem Privatbesitz ab, so etwa 100 Bände zum Thema in seiner Bibliothek, zahlreiche Münzen, schließlich aber auch eine echte brasilianische Hängematte, die ihm von Martius geschenkt worden war. Referent *Sylk Schneider* stellte abschließend bedauernd fest, dass leider nicht belegt sei, ob die Hängematte von Goethe auch benutzt wurde. Ihm gefalle aber der Gedanke, dass Goethe seine vielen „geistigen Reisen“ nach Brasilien bevorzugt von ihr aus unternommen habe.

3. Der juristische Teil der Tagung wurde von *Richter am Bundesarbeitsgericht Axel Breinlinger* eingeleitet, der einen allgemeinen Überblick über das deutsche Arbeitsrecht gab. *Breinlinger* lobte die deutsche Justiz als kompetent, schnell und unbestechlich, was Deutschland im internationalen Wettbewerb einen Standortvorteil verschaffe. In der Arbeitsgerichtsbarkeit seien die genannten Qualitäten besonders gut sichtbar. So dauere es nur drei Jahre, um alle Instanzen zu durchlaufen. Diese Schnelligkeit der Verfahren sei ein starkes Argument für die Beibehaltung einer besonderen Arbeitsgerichtsbarkeit, die es in der Mehrzahl der europäischen Staaten in dieser Form nicht gebe. Als eine wichtige Besonderheit des materiellen deutschen Arbeitsrechts bezeichnete *Breinlinger* die geringe Regelungsdichte. Der Gesetzgeber halte sich wegen der sozialpolitischen Brisanz der Materie oftmals stark zurück, wodurch den Gerichten ein großer Entscheidungsspielraum eingeräumt werde, nicht zuletzt bei der Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln. Die hiermit einhergehende besondere Verantwortung sei ein weiteres Argument für die Notwendigkeit einer arbeitsrechtlichen Sondergerichtsbarkeit. Daneben sei das Arbeitsrecht auch deshalb sehr komplex, weil es bisher trotz wiederholter Versuche nicht gelungen sei, ein Arbeitsgesetzbuch zu schaffen, das die Rechtslage wesentlich übersichtlicher machen würde. Stattdessen bestünde weiterhin eine große Zahl von – zum Teil bereits sehr alten – Einzelgesetzen. Schließlich werde in heutiger Zeit die Rechtsanwendung auch zunehmend durch das EU-Recht und die EuGH-Rechtsprechung beeinflusst, vor allem bei den Regelungen zur Diskriminierung.

Abschließend skizzierte der Referent einige wichtige Änderungsprozesse tatsächlicher Art. So habe der Rückgang der klassischen verarbeitenden Industrie auch zu einem schleichenden Bedeutungsrückgang der Betriebsverfassung geführt. Auch hätten die traditionellen Gewerkschaft-

ten an Stärke eingebüßt, nicht zuletzt aufgrund der im Jahr 2010 erfolgten Aufhebung der Tarifeinheit durch das Bundesarbeitsgericht. Fortan dürfen in einem Betrieb auch mehrere Tarifverträge parallel gelten, was die Stellung der Spartengewerkschaften erheblich stärkt. *Breinlinger* schloss mit der Einschätzung, dass den zahlreichen neuen Herausforderungen für die Arbeitsgerichtsbarkeit am besten wie bisher durch große gesetzliche Flexibilität und dem Vertrauen auf Selbstregulierung begegnet werden könne.

In der Diskussion klärte *Professor Wolf Paul* den Referenten zunächst darüber auf, dass dieser in Brasilien aufgrund seines Amtes „Ministro“ genannt würde, was *Breinlinger* sichtlich mit Gefallen zur Kenntnis nahm. *Paul* wies sodann auf die besondere Rolle hin, die Weimar und Umgebung in der Geschichte des Arbeitskampfes gespielt hatten. Auch die Weimarer Verfassung sei in Sachen Arbeitsrecht viel „eloquenter“ gewesen als später das Grundgesetz. Auf seine Frage, wie ein Arbeitsrichter heute das Thema „Klassenkampf im Gerichtssaal“ und seine Rolle als Beschützer der Ohnmächtigen sehe, antwortete *Breinlinger*, dass den Arbeitsgerichten auch heute noch eine wichtige Ausgleichsfunktion zukomme. Dass am Ende oftmals sowohl die Arbeitgeber- als auch die Arbeitnehmerseite unzufrieden sei, sei für die Gerichte der beste Indikator dafür, dass sie bei Abwägung der verschiedenen Interessen in der Regel die richtige Balance finden. Von *Dr. Werner Müller* wurde der Referent mit dem Vorwurf konfrontiert, dass bei vielen Arbeitsrichtern eine mangelnde Gesetzestreue bei Anwendung von BGB und ZPO zu beklagen sei. *Breinlinger* räumte ein, dass es manchmal zu handwerklichen Fehlern komme, die auch der Schnelligkeit der Verfahren geschuldet seien. Anlässlich der Frage nach dem Umgang mit dem typischen Verhandlungsungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer äußerte der Referent, dass ein gerichtliches Eingreifen meist erst zu einem sehr späten Zeitpunkt möglich sei, nämlich nach einer Kündigung. In laufenden Arbeitsverhältnissen werde dagegen sehr wenig prozessiert, da das Arbeitsverhältnis hierdurch stark belastet würde. Sehr große Bedeutung komme deshalb den Betriebsräten zu. Auf die abschließende Frage nach der Bedeutung von Schlichtung und Mediation im Arbeitsverfahren führte *Breinlinger* aus, dass diese Techniken auch bisher schon bei der Güteverhandlung eine zentrale Rolle spielten und ihrem erfolgreichen Einsatz eine signifikante Verringerung der Verfahrenslast zu verdanken sei.

4. Nach der Mittagspause sprach *Marc Gimmy*, Vorsitzender der Deutsch-Spanischen Juristenvereinigung und Partner der Kanzlei Taylor Wessing, zur „Rolle des deutschen Arbeitsrechts in der Wirtschaftskrise“. *Gimmy* unterschied bei der Krisenbewältigung zwischen „langsam“, „schnell“ und „bilanziell wirksamen Tools“. Zu den langsam wirkenden Instrumenten zählen vor allem die Änderungs- und die Beendigungskündigung, die jeweils auch massenweise erfolgen können. Laut *Gimmy*

scheitern in der Praxis die meisten Änderungskündigungen allerdings an den hohen gesetzlichen Hürden. So müsse u.a. ein Sanierungskonzept vorgelegt werden, in dem auch der Anteil der Lohnkosten an den Gesamtkosten aufgeschlüsselt wird. Auch die Beendigungskündigung sei an eine Vielzahl von Voraussetzungen geknüpft. Eine Schwierigkeit dabei sei der erhöhte Kündigungsschutz für sozial Schwächere, der im Ergebnis oft zur Folge habe, dass den eigentlich leistungsstärkeren Arbeitnehmern gekündigt werden müsse und die Belegschaft somit auch qualitative Einbußen erleide. *Jimmy* erläuterte, dass es in den USA im Gegensatz dazu wesentlich leichter sei, sich von einem *low performer* zu trennen.

Die Kategorie der schnell wirkenden Instrumente zur Krisenbewältigung umfasst etwa den Abbau von Leiharbeit, die Befristung von Arbeitsverhältnissen oder die Einführung von Kurzarbeit. Vor allem letztere habe sich in der Krise 2008-2009 als sehr erfolgreiches Mittel erwiesen. Die Kurzarbeit ermögliche die Reduzierung von Arbeit und Gehalt, bei gleichzeitigem Erhalt der wirtschaftlichen Einheit des Betriebs. Kündigungsschutzprozesse könnten damit vermieden, gute ausgebildete Fachkräfte gehalten werden. Kurzarbeit dürfe vom Arbeitgeber allerdings nicht einseitig angeordnet werden, sondern bedürfe als Grundlage eines Tarifvertrags, einer Betriebsvereinbarung oder eines Individualvertrags. Ein Anspruch auf die Zahlung von Kurzarbeitergeld durch die Bundesagentur für Arbeit bestehe nur unter bestimmten Voraussetzungen. So dürfen die Gründe für die wirtschaftlichen Probleme nicht in eigenem Versagen liegen, sondern müssen von außen kommen; der Mangel an Arbeit dürfe zudem nur vorübergehend sein. Zudem werde Kurzarbeitergeld nur für einen Zeitraum von sechs Monaten gezahlt.

Abschließend ging *Jimmy* auf die bilanziell wirkenden Maßnahmen ein, zu denen die mittlerweile sehr populäre Einrichtung von Zeitkonten sowie die Anordnung von Betriebsferien zählen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darf im letztgenannten Fall allerdings maximal 50-60% der den Arbeitnehmern zur Verfügung stehenden Urlaubszeit verplant werden. *Jimmy* schloss seinen Vortrag mit dem Fazit, dass zur Reaktion auf eine Krise ein flexibles Instrumentarium erforderlich sei. Die Erfahrung zeige, dass betriebsbedingte Kündigungen keineswegs immer das beste Mittel seien, da nach Beendigung einer Krise wichtige Arbeitskräfte fehlen würden. Ein Patentrezept gebe es aber nicht, vielmehr komme es immer auf die konkrete Situation des betroffenen Unternehmens an. Die deutsche Erfahrung zeige, dass auch ein stark reguliertes Arbeitsrecht die notwendige Flexibilität erlauben könne.

Die Diskussion drehte sich vor allem um die Fälle, in denen ein Unternehmen Betriebsstätten in verschiedenen Ländern hat. *Jimmy* erläuterte, dass es die Möglichkeit gebe, einen europäischen Betriebsrat zu gründen, wie dies etwa bei General Motors geschehen sei. Das Problem in der Praxis sei allerdings häufig, dass die verschiedenen Standorte gegeneinander ausgespielt würden, auch weil die Gewerkschaften in der Regel

nur nationale Strategien entwickeln und die Internationalisierung der Arbeitswelt vernachlässigen würden. Wichtig sei zugleich aber immer auch ein Mindestmaß an Wettbewerb zwischen den verschiedenen Arbeitsrechtsordnungen.

5. Das Einführungsreferat zum brasilianischen Arbeitsrecht hielt *Professor Antônio Álvares da Silva* von der Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), der auch schon bei der eingangs erwähnten Tagung im Jahr 1986 als Referent mitgewirkt hatte. *Álvares da Silva*, der als ehemaliger Humboldt-Stipendiat seit langem intensive akademische Kontakte nach Deutschland pflegt, beleuchtete zunächst eine Besonderheit des brasilianischen Kündigungsschutzes. Anders als im deutschen Recht darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis jederzeit und ohne Angabe von Gründen beenden; lediglich bestimmte Fristen sind einzuhalten. Der Arbeitnehmer erhält dafür aber einen Abfindungsanspruch aus dem sog. *Fundo de Garantia por Tempo de Serviço*. Laut *Álvares da Silva* wird ein stärkerer Kündigungsschutz in Brasilien für wirtschaftsfeindlich gehalten; ein Beschäftigungsschutz wäre aber gerade für ältere Arbeitnehmer wichtig. Beim Thema des kollektiven Arbeitsrechts sparte der Referent nicht mit Kritik an den brasilianischen Gewerkschaften. Zwar gebe es diese in großer Zahl, doch würden sie sich viel zu wenig für die Arbeitnehmer einsetzen. Eine wichtige Ursache hierfür sei das seit langem bestehende Finanzierungsmodell, das für die Gewerkschaften zu wenige Anreize setze: Unabhängig von ihrer Leistung fließt den Gewerkschaften die von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu entrichtende Gewerkschaftsteuer (*contribuição sindical*) zu. Sehr schädlich sei zudem, dass die brasilianischen Gewerkschaften aufgrund ihrer Einteilung in verschiedene Klassen und Regionen in gewissem Umfang jeweils eine Monopolstellung innehätten. Diese Zustände seien dringend reformbedürftig.

Zum Streikrecht wies der Referent auf eine Regelung hin, die er als „Erbe des italienischen Faschismus“ bezeichnete, nämlich dass bei fehlender Einigung der Tarifparteien der Richter eine Entscheidung treffe und den Parteien somit ein Tarifvertrag aufgezwungen werde. *Álvares da Silva* berichtete, dass er selbst schon als Richter in solchen Verfahren gewirkt und die Aufgabe als sehr schwierig empfunden hatte. Eine solche Rolle des Gerichts ergebe keinen Sinn und sei aus Sicht eines deutschen Juristen unverständlich. Unbedingt zu fordern sei auch die Einführung der betrieblichen Mitbestimmung, die einen wichtigen Beitrag zur außergerichtlichen Konfliktlösung leisten könne. Ein düsteres Bild zeichnete der Referent sodann auch vom Arbeitsverfahrensrecht. Brasilien habe die höchste Arbeitskonflikttrate der Welt, wodurch die Gerichte vollkommen überlastet seien und auch hohe Kosten verursacht würden. Ein Prozess durch alle Instanzen dauere in der Regel mindestens sieben Jahre. Für eine signifikante Entlastung könne aber bereits eine punktuelle Reform des Vollstreckungsrechts sorgen: Erstinstanzliche Urteile zu Lasten des Ar-

beitgebers müssten bereits vorläufig vollstreckbar sein. Dies würde den wichtigsten Anreiz zur Einlegung eines Rechtsmittels beseitigen, denn in der Praxis würden die meisten dieser Entscheidungen in der zweiten Instanz ohnehin bestätigt. Für den seltenen Fall der späteren Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung könne Vorsorge z.B. durch Einrichtung eines Fonds geschaffen werden, für den es auch schon eine gesetzliche Grundlage gebe. Nach gegenwärtiger Rechtslage sei die Einlegung eines Rechtsmittels dagegen auf jeden Fall ein gutes Geschäft für den Arbeitgeber, da die Marktzinsen höher seien als die Prozesszinsen. Abschließend stellte *Álvares da Silva* klar, dass die Probleme der brasilianischen Arbeitsgerichtsbarkeit rein struktureller und nicht personaler Natur seien. Vielmehr sei die fachliche Kompetenz und Einsatzbereitschaft der brasilianischen Arbeitsrichter in der Regel sehr hoch, Korruption gebe es nur in ganz geringem Ausmaß.

In der Diskussion wurde u.a. der gemachte Vorschlag zur Einführung einer sofortigen Vollstreckbarkeit erstinstanzlicher Urteile näher thematisiert. Auf die Frage nach der Finanzierung für den genannten Fonds antwortete *Álvares da Silva*, dass hierzu nur die durch die verringerten Prozesszahlen eingesparten Mittel umgeleitet werden müssten. Zudem solle man über eine Abschaffung des brasilianischen Bundesarbeitsgerichts, des *Tribunal Superior do Trabalho* (TST) nachdenken. Dieses sei sehr teuer und sehr konservativ; da seine Richter vom Präsidenten ernannt würden, seien sie auch nicht unabhängig. Besser sei eine direkte Wahl durch das Volk. Auf die Frage nach den Verdienstmöglichkeiten für Arbeitsrechtsanwälte entgegnete der Referent, dass diese sehr gut seien; Anwalt für Arbeitsrecht sei geradezu ein „Traumberuf“ in Brasilien.

6. Im Anschluss daran präsentierte *Maria Lúcia Gadotti* aus der Kanzlei Stüssi Neves die Instrumente, die das brasilianische Arbeitsrecht bietet, um auf wirtschaftliche Krisen zu reagieren. Beschränkt werden diese allerdings durch bestimmte Schutzprinzipien zugunsten des brasilianischen Arbeitnehmers, die sich zum Teil aus dem Gesetz ergeben, zum Teil aber auch von der Rechtsprechung entwickelt wurden. Hierzu zählen etwa der Günstigkeitsgrundsatz (*in dubio pro operario*), der Grundsatz der Unverzichtbarkeit der Arbeitnehmerrechte oder auch das Verbot der Umgehung von Schutzvorschriften mittels „Ausgliederung“ von Arbeitnehmern in eine juristische Person, die dann formal betrachtet der Erbringer der Dienstleistung ist (in der Rechtsprechung unter dem Schlagwort „pejotização“ behandelt, von „pj“ für „pessoa jurídica“). Zulässige Maßnahmen der Flexibilisierung seien aber etwa Zeitkonten, die sich wachsender Beliebtheit erfreuten. Wie die Referentin berichtete, häufen viele Unternehmen allerdings Überstunden in der Hoffnung an, diese niemals bezahlen zu müssen; entsprechende Beträge würden oft nicht einmal in die Budgets eingestellt. Eine Herabsetzung von Arbeitszeit und Gehalt sei in einem Umfang von maximal 28% und bis zu einem Zeit-

raum von drei Monaten möglich. Allerdings sei in diesen Fällen eine Zustimmung der Gewerkschaften und die Genehmigung des Richters erforderlich. Diese Maßnahme sei in jüngerer Zeit insbesondere bei einigen großen Autoherstellern eingesetzt worden. Ferner sei die Anordnung von Betriebsferien unter bestimmten Umständen möglich. Eine Aussetzung des Arbeitsvertrages sei ebenfalls zulässig, allerdings müsse dem Arbeitnehmer in diesem Fall eine Weiterbildung finanziert werden. Ein umfangreiches Programm dieser Art habe es beim General Motors Werk in São Jose dos Campos gegeben.

Als weiteres Instrument wurden die sog. Pläne zur freiwilligen Aufgabe des Arbeitsplatzes (*Planos de Demissão Voluntária*) erläutert. Neben verschiedenen Vorteilen wie der größeren beidseitigen Zufriedenheit stünden diesen allerdings auch verschiedene Nachteile gegenüber. Einer davon sei einmal mehr die notwendige Mitwirkung von Gewerkschaften und staatlichen Stellen, ein anderer der, dass nur Ansprüche aus Gehalt vollständig abgegolten werden könnten. Damit bestehe immer noch das Risiko späterer Schadensersatzklagen. Die Referentin wies auf das generelle Problem einer wachsenden „Schmerzengeldindustrie“ (*indústria do dano moral*) in Brasilien hin.

In der sehr angeregt geführten Diskussion wurde u.a. auf das Problem des Missbrauchs der Arbeitsgerichtsbarkeit durch Anwälte zwecks Generierung von Gebühren eingegangen, daneben auch auf die große Rechtsunsicherheit, die durch die Unverjährbarkeit von arbeitsgerichtlich festgestellten Ansprüchen herbeigeführt wird. Verschiedene Mitglieder äußerten zudem ihr Unverständnis darüber, dass für die arbeitsrechtlichen Verbindlichkeiten einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mitunter sogar der Bevollmächtigte eines Gesellschafters von den Gerichten in die Haftung genommen werde. Hierauf wurde entgegnet, dass es in den betreffenden Fällen in aller Regel zuvor auch einen Missbrauch von gesellschaftsrechtlichen Formen gegeben habe. Schließlich wies *Wolf Paul* noch darauf hin, dass man bei allem nicht vergessen dürfe, dass das Arbeitsrecht für einen erheblichen Teil der brasilianischen Arbeiter keinerlei praktische Relevanz habe. Dies gelte einmal für die sog. *sem carteira*s, also Arbeitnehmer ohne ordnungsgemäße Papiere, die oftmals in sklavereiähnlichen Verhältnissen lebten, sodann aber auch für die Hausangestellten, auf die die arbeitsrechtlichen Vorschriften nur ausnahmsweise Anwendung finden.²

7. Der Vortrag von *Professor Achim Seifert* von der Friedrich-Schiller-Universität Jena widmete sich dann wieder einem spezifisch deutschen Thema, nämlich der „Mitbestimmung in Unternehmensorganen“. Er beleuchtete darin das für die westdeutsche Nachkriegswirtschaft

² Dieser Zustand wurde allerdings jüngst durch eine Verfassungsänderung grundlegend reformiert, siehe dazu die Kurznachricht auf S. 62 in diesem Heft (Anm. der Redaktion).

und damit für die berühmte „Soziale Marktwirtschaft“ charakteristische und aus rechtsvergleichender Perspektive einzigartige Arbeitnehmerbeteiligungsinstrument der Mitbestimmung. Ausgehend von einer Beschreibung des spezifisch deutschen dualistischen Modells der Unternehmensleitung mit seiner Aufspaltung in Vorstand und Aufsichtsrat wurde zunächst die historische Entwicklung des Instruments der Arbeitnehmermitbestimmung im Unternehmen dargestellt. Sei diese ursprünglich eine Antwort auf die von alliierter Seite gehegten Pläne zur Verstaatlichung wichtiger Montanindustriebereiche gewesen, so sei das Thema schrittweise Teil einer übergeordneten Debatte um sozialen Ausgleich in der Marktwirtschaft und damit eines politisch-gesellschaftlichen Richtungsstreits unter dem Schlagwort „Wirtschaftsdemokratie“ (Willy Brandt) geworden. *Seifert* stellte diese Entwicklung zunächst detailliert anhand der nach und nach beschlossenen Gesetze dar (Montan-MitbestG von 1951, BetrVG von 1952 und MitbestG von 1976) und ging sodann unter Hinweis auf die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur auf die juristischen Schwierigkeiten ein, die mit diesen Eingriffen in die unternehmerische Freiheit verbunden waren. Er stellte dabei zwei Problemfelder als paradigmatisch heraus: Interessenkollisionen durch die Aufnahme externer Gewerkschafter in den Aufsichtsrat und Legitimationsprobleme durch die alleinige Repräsentanz deutscher Arbeitnehmer in multinationalen Konzernen. Abschließend bot der Referent einen Ausblick auf mit der europäischen Integration einhergehende Herausforderungen, namentlich auf die Aushöhlung deutscher Mitbestimmungsstandards durch die Gründung einer sog. *Societas Europaea* (SE), durch grenzüberschreitende Fusionen und durch die Wahl ausländischer Gesellschaftsformen.

In der sich anschließenden Diskussion wurde sowohl auf die mangelnde grenzüberschreitende Kooperation und Vernetzung der Arbeitnehmervertreter als auch auf die kulturellen Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen Deutschlands und Brasiliens im Hinblick auf die Austragung arbeitsrechtlicher Konflikte eingegangen.

8. Aus der Unternehmensperspektive berichtete anschließend *Dr. Axel Boysen* von der Siemens AG, München, der zum Thema „Lokales Arbeitsrecht im internationalen Geschäft“ sprach. *Boysen* stellte dabei die Frage nach der Qualität des Arbeitsrechts als Standortfaktor bei der Entscheidung über befristete internationale Projekte (z.B. Anlagenbau) in den Mittelpunkt. Ausgangspunkt seiner Erörterungen war die Beeinflussung unternehmerischer Entscheidungen durch Kosten- und Geschäftsumfeldfaktoren, zu welchen auch das lokale Arbeitsrecht zähle. Während diesen Kostenfaktoren für kurzfristige Auslandsaufenthalte wie Dienstreisen keine erhöhte Bedeutung zukomme, seien bei längerfristigen Entsendungen verschiedene arbeitsrechtliche Gestaltungen denkbar, die von steuer-, arbeits- und ausländerrechtlichen Determinanten abhingen. Ausführlich stellte *Boysen* dar, dass zentrale Kriterien für die Entscheidung

über eine Arbeitnehmerentsendung die steuerrechtliche Qualifizierung des Arbeitnehmereinsatzes als Konstituierung einer Betriebsstätte und die Reichweite der sich daraus u.U. ergebenden Besteuerungsbefugnis nach dem internationalen Steuerrecht des Einsatzstaates seien. Es schloss sich eine Darstellung der Wechselbeziehungen zwischen steuer-, arbeits-, gesellschafts- und ausländerrechtlichen Vorgaben an, bei der ausführlich beschrieben wurde, inwieweit die verschiedenen Rechtsbereiche in den unterschiedlichsten Ländern ggf. zu Standortvorteilen bzw. -nachteilen werden können.

In der Diskussion wurde darauf eingegangen, wie Unternehmen mit lokalen Anwaltskanzleien kooperieren, um sich über mögliche Rechtsrisiken aufklären zu lassen. Es wurde zudem erörtert, wie scheinbar vom Arbeitsrecht weit entfernte Rechtsmaterien wie das Devisenrecht schwerwiegende Auswirkungen auf die Standortauswahl haben können (dies zeige sich vor allem am Beispiel Argentinien).

9. Eine Brücke zwischen der diesjährigen Thematik und derjenigen der letzten Tagung in Santos schlug der Abschlussvortrag von *Sandra Lia Simón, Procuradora-Chefe* des *Ministério Público do Trabalho* (MPT) in São Paulo, in dem erneut die Rolle des brasilianischen *Ministério Público* präsentiert wurde, einer Institution ohne Pendant im deutschen Recht. Diesmal ging es aber insbesondere um Struktur und Aufgaben des MPT, einer Abteilung des *Ministério Público da União*, die sich verfassungsgemäß der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und der Wahrung der individuellen und kollektiven Rechte im Bereich der *Justiça do Trabalho* widmet. Das MPT wurde bereits 1923 gegründet, verfügt aber seit 1988 über eine breite, in der brasilianischen Verfassung verankerte Regelung, die ihm eine völlige Autonomie gegenüber der Exekutive gewährt, was in Brasilien viele dazu bringt, das *Ministério Público* insgesamt als sog. „vierte Gewalt“ zu bezeichnen. Die Referentin schilderte neben Struktur und Aufgaben auch die Handlungsweise des MPT in der Praxis, die in allen drei Instanzen des brasilianischen Justizwesens zum Ausdruck kommt. In der Regel handele das MPT als *custos legis* (d.h. als Gesetzaufseher) in Prozessen, in denen es um das öffentliche Interesse geht oder in denen eine der Parteien unmündig ist. Darüber hinaus wirke es aber auch als Kläger, insbesondere wenn es um die Geltendmachung von diffusen und Kollektivinteressen geht. Hierfür unternehme das MPT auch weitreichende außergerichtliche, investigative Tätigkeiten, bei denen es manchmal leider auch zu gewissen Missbräuchen seitens einiger *Procuradores* komme. Diese außergerichtliche Tätigkeit beginne in der Regel mit einer Anzeige, auf die das MPT ein *Inquérito* (Ermittlungsverfahren) hin auslöse. Das Ermittlungsverfahren sei nur bedingt kontradiktorisch und könne zudem auch geheim geführt werden; Ziel sei die Sammlung möglichst vieler Beweismittel. Nach Abschluss der Ermittlungen würden gesetzwidrig handelnde Personen (zumeist Ar-

beitgeber) benachrichtigt und mit ihnen über entsprechende Anpassungen ihrer Verhaltensweisen mittels eines TAC (*Termo de Ajuste de Conduta*) verhandelt. Werde dieser nicht befolgt oder weigere sich die Partei, über einen TAC zu verhandeln, sei der Weg frei für eine Klage. In der anschließenden Diskussion konnte *Sandra Lia Simón* noch etliche praktische Beispiele geben und so den Zuhörern ein sehr plastisches Bild von ihrer Tätigkeit vermitteln.

10. Den Teilnehmern wurden nach allem auch in diesem Jahr wieder gehaltvolle Referate und lebhaftige Diskussionen geboten. Ein inhaltliches Fazit zu ziehen erscheint angesichts der Vielschichtigkeit der Problematik schwierig. Verschiedene grundlegende Unterschiede zwischen dem deutschen und dem brasilianischen Arbeitsrecht kristallisierten sich aber doch heraus. Dies gilt vor allem für die Themen Verfahrensdauer, betriebliche Mitbestimmung und Tarifautonomie. Auch die Rolle der brasilianischen Gewerkschaften scheint aufgrund ihrer geschichtsbedingten Staatsnähe eine erheblich andere als die der deutschen zu sein. Schließlich darf im brasilianischen Kontext natürlich nie das zum Teil erhebliche Vollzugsdefizit aus den Augen verloren werden.

11. Zum Abschluss fand am Samstagabend noch das traditionelle festliche Abendessen im Restaurant „Alte Remise“ statt. Etwas entfernt vom Zentrum Weimars im Stadtteil Tiefurt gelegen, wurden die Teilnehmer dorthin mit zwei von der Organisation gemieteten Bussen gebracht. Das köstliche Drei-Gänge-Menü wurde von hervorragendem Wein begleitet und fand allgemeinen Zuspruch. Dazwischen ergriff entsprechend der Tradition nochmals Präsident *Jan Curschmann* das Wort. Dieses Mal freilich mischten sich in seine Rede schon Abschiedstöne. Er bedankte sich für die Unterstützung während all der Jahre, in denen er das Amt des Vorstandsvorsitzenden ausgeübt hat, und kündigte seine Entscheidung an, sich nicht erneut zur Wahl zu stellen. An den Veranstaltungen der DBJV wolle er sich allerdings auch weiterhin kräftig engagieren. Daraufhin wurde er mit langem Applaus verabschiedet. Ebenso wurde natürlich *Axel Weber* gebührend gefeiert, der die Tagung mit tatkräftiger Unterstützung von *Irene Haagen* wunderbar organisiert hatte und sich auch durch einen störrischen Beamer nicht aus der Ruhe bringen ließ.

Nach dem Essen störte die Tatsache, dass die Busse bereits unmittelbar zurück in die Stadt fahren, keinesfalls. Die Anwesenden versammelten sich in verschiedenen Gruppen in der Bar des „Hotels Elephant“ und ließen den Abend noch bei einer Zigarre, einem Digestif oder einfach einem Bier ausklingen. Die daraus resultierende Verkürzung der Nachtruhe hinderte die Mitglieder jedoch nicht daran, sich pflichtgemäß am nächsten Morgen zur Mitgliederversammlung³ einzufinden.

³ Siehe dazu das auf S. 57 ff. in diesem Heft abgedruckte Protokoll (Anm. der Redaktion).

Das Scheingeschäft im brasilianischen Zivilgesetzbuch von 2002

Dogmatische und praktische Aspekte

von FRANCISCO SABADIN MEDINA *

I. Einführung

Die Figur des Scheingeschäfts ist nicht nur in rechtsdogmatischer Hinsicht äußerst reizvoll und komplex, sondern auch in der Rechtspraxis (und gerade auch der brasilianischen) in einer Reihe von Konstellationen von großer Bedeutung. Was geschieht etwa, wenn die wahren Beteiligten eines Geschäfts verschleiert werden sollen, ein Ehemann zur Schädigung seiner Frau den Eintritt einer Vermögensminderung vortäuscht oder ein Kreditgeber einen unzulässigen Zinssatz in einer Umgehungskonstruktion versteckt?

Im brasilianischen Zivilgesetzbuch von 2002 (CC/2002) wurde die Regelung über das Scheingeschäft erheblich geändert. Während die Vorschriften des Zivilgesetzbuches von 1916 (CC/1916) dem Entwurf (*Esboço*) von Teixeira de Freitas entnommen waren (Art. 102-105)¹, hat der Gesetzgeber von 2002 das Scheingeschäft in Art. 167² anders geregelt. Der CC/2002 hat sich damit von der brasilianischen Zivilrechtstradition entfernt. Im Folgenden wird die aktuelle Behandlung dieser Rechtsfigur in Literatur und Rechtsprechung dargestellt.

II. Begriff, Voraussetzungen und Anwendungsbereich

Die Dogmatik über das Scheingeschäft hat sich im Lauf des 20. Jahrhunderts in beträchtlichem Umfang fortentwickelt. Während am Anfang dieses Jahrhunderts die Meinung herrschte, dass es sich beim Scheingeschäft um eine absichtliche Abweichung zwischen Wille und Erklärung

* Student an der juristischen Fakultät der USP (Universidade de São Paulo), 2012-2013 Austauschjahr an der LMU München.

¹ Vgl. Código civil brasileiro – Trabalhos relativos à sua elaboração – Vol. I, 1917, S. 368 ff.; *Eduardo Espínola*, Manual do código civil brasileiro – Parte Geral – Dos fatos jurídicos – Vol. III – Parte primeira, 1923, S. 463 ff.

² Art. 167 CC. „Das simulierte Rechtsgeschäft ist nichtig, aber das, was dissimuliert wurde, besteht fort, wenn es hinsichtlich der Substanz und der Form gültig ist. § 1° Simulation bei Rechtsgeschäften liegt vor, wenn: I – diese scheinbar anderen Personen Rechte einräumen oder übertragen, als denjenigen, welchen sie solche tatsächlich einräumen oder übertragen; II – diese Rechtsgeschäfte eine Erklärung, Anerkennung, Bedingung oder Klausel enthalten, die der Wahrheit nicht entspricht; III – Privaturkunden vor- oder nachdatiert werden. § 2° Die Rechte von gutgläubigen Dritten werden den Parteien des simulierten Geschäfts gegenüber vorbehalten“.

der Parteien handele³, wurde diese Auffassung relativ bald darauf insbesondere in Italien grundsätzlich in Frage gestellt.⁴ Es wurde behauptet, sofern die Beteiligten einverstanden seien, eine Willenserklärung nur zum Schein abzugeben, könne nicht von Abweichung zwischen Wille und Erklärung gesprochen werden.⁵ Vielmehr hätten sie genau kundgegeben, was sie wollten.⁶ Ferner könne nur die Verneinung einer solchen Trennung zwischen Wille und Erklärung die Gültigkeit des dissimulierten Geschäfts begründen, denn dieses würde zwar gewollt, aber nicht kundgegeben.⁷

Eine andere Meinung stellt auf die typische Zweckbestimmung (*causa*) des Rechtsgeschäfts ab: Bei Scheingeschäften gehe es um eine Inkompatibilität zwischen der typischen Zweckbestimmung des Geschäfts und der praktischen Absicht der Parteien.⁸ Auch diese Auffassung stieß jedoch auf Kritik, da die Bedeutung von „typischer Zweckbestimmung“ mehrdeutig sei⁹, was zur Folge habe, dass die Einheit der Rechtsfigur in Form des absoluten und des relativen Scheingeschäfts zerstört würde.¹⁰ Zudem könne diese Lehre das Scheingeschäft bei Vorschiebung einer fiktiven Zwischenperson (*interposição de pessoa fictícia*) nicht erklären.¹¹

Eine dritte Auffassung definiert die Simulation als eine Vorherbestimmung (*preordenação*) eines Scheins, aus der sich die Imitation einer Form ergebe.¹² Simulation ist somit die Vorherbestimmung einer falschen Realitätskundgabe.¹³ Aufgrund dessen wird das Scheingeschäft als ein Vorgang (*processo*) angesehen, der in zwei verschiedene Momente aufzugliedern ist: zunächst die Vorherbestimmung, die die Simulations-

³ Vgl. insbesondere *Francesco Ferrara*, Della simulazione dei negozi giuridici, 5. Aufl., 1922, S. 36 f. In Brasilien, siehe *Espínola*, Manual II – Parte primeira (o. Fn. 1), S. 466; *Homéro Prates*, Atos simulados e atos em fraude da lei, 1958, S. 23 f., 27 ff.

⁴ Im brasilianischen Schrifttum vgl. *Custódio da Piedade Ubaldino Miranda*, A simulação no direito civil brasileiro, 1980, S. 18 ff.

⁵ *Giovanni Pugliese*, La simulazione nei negozi giuridici – Studio di diritto romano, 1938, S. 3 f., Fn. 2.

⁶ *Francesco Marani*, La simulazione negli atti unilaterali, 1971, S. 23. Ähnlich *Giuseppe Attilio Nuti*, La simulazione del contratto, 1986, S. 31, 64 f.

⁷ *Pugliese*, La simulazione (o. Fn. 5), S. 3 f., Fn. 2.

⁸ *Emilio Betti*, Teoria generale del negozio giuridico, 1994, S. 395 f.

⁹ *Marani*, La simulazione (o. Fn. 6), S. 25 f. Siehe auch *James Gordley*, The philosophical origins of modern contract doctrine, 1991, S. 165 ff.

¹⁰ *Marani*, La simulazione (o. Fn. 6), S. 25 f.

¹¹ *Francesco Messineo*, Dottrina generale del contratto (art. 1321-1469 Cod. Civ.), 3. Aufl., 1948, S. 301, Fn. 8.

¹² *Nicola Distaso*, s.v. Simulazione dei negozi giuridici, in *Novissimo Digesto italiano* 17, S. 361.

¹³ *Distaso*, s.v. Simulazione (o. Fn. 12), S. 361.

abrede (*acordo simulatório*) mindestens zweier Parteien voraussetzt¹⁴, und danach die Umsetzung (*atuação*) des Scheins.¹⁵

Alle drei Auffassungen werden in der brasilianischen Dogmatik vertreten.¹⁶ Die h.M. ist aber nach wie vor, dass beim Scheingeschäft eine absichtliche Abweichung zwischen Wille und Erklärung vorliege.¹⁷

Voraussetzung der Simulation ist die Simulationsabrede (*acordo simulatório*), d.h. die Parteien müssen sich einig sein, dass sie ein simuliertes Rechtsgeschäft kundgeben werden.¹⁸ Der Simulationsabrede muss aber nicht notwendigerweise die Absicht (*intenção*) zugrunde liegen, Dritten Schäden zuzufügen.¹⁹ Tatsächlich ist die Absicht, ein Rechtsgeschäft nur zum Schein abzuschließen, keine selbständige Tatbestandsvoraussetzung des Scheingeschäfts, vielmehr ist die Absicht hierzu implizit.²⁰ Trotzdem spielt die Absicht insoweit eine Rolle, als durch ihre Auslegung ermöglicht wird, die wahren Ziele der Parteien zu ermitteln.²¹

Das Scheingeschäft ist bei gegenseitigen und einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften möglich,²² nach h.M. dagegen nicht bei einseitigen nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften, wie z.B. einer Auslobung.²³ Die Ehe könne auch nicht simuliert werden,²⁴ weil die Familie und die ihr zugrunde liegenden moralischen Werte zu schützen sei-

¹⁴ *Custódio da Piedade Ubaldino Miranda*, s.v. Simulação (Direito civil), in Enciclopédia Saraiva de direito 69, S. 87.

¹⁵ *Ubaldino Miranda*, s.v. Simulação (o. Fn. 14), S. 87.

¹⁶ Als Befürworter der Meinung, welche auf die typische Zweckbestimmung abstellt, sei hier genannt: *Francisco Amaral*, *Direito civil – Introdução*, 7. Aufl., 2008, S. 536 f. Zur Auffassung des Scheingeschäfts als Vorherbestimmung eines Scheins vgl. *Ubaldino Miranda*, *A simulação* (o. Fn. 4), S. 61 ff.

¹⁷ So z.B. *Maria Helena Diniz*, *Curso de direito civil brasileiro – Vol. 1 – Teoria geral do direito civil*, 28. Aufl., 2011, S. 518 f.; *Silvio de Salvo Venosa*, *Direito civil – Vol. 1 – Parte Geral*, 10. Aufl., 2010, S. 515 ff.; *Arnaldo Rizzardo*, *Parte geral do código civil*, 7. Aufl., 2011, S. 493; *Carlos Roberto Gonçalves*, *Direito civil brasileiro – Vol. 1 – Parte geral*, 10. Aufl., 2012, S. 483, 485; *Silvio Rodrigues*, *Direito civil – Vol. 1 – Parte geral*, 34. Aufl., 2007, S. 297; *Renata Martins*, *A simulação no novo Código Civil brasileiro*, in DBJV-Mitteilungen 1 / 2005, S. 18 f.; siehe o. Fn. 3.

¹⁸ *Ubaldino Miranda*, *A simulação* (o. Fn. 4), S. 43 ff., 53 ff. Die rechtliche Natur der Simulationsabrede ist aber umstritten.

¹⁹ *Ferrara*, *Della simulazione* (o. Fn. 3), S. 40 f.

²⁰ *Ubaldino Miranda*, *A simulação* (o. Fn. 4), S. 42 ff.

²¹ *Nuti*, *La simulazione* (o. Fn. 6), S. 52 ff.

²² *Ubaldino Miranda*, *A simulação* (o. Fn. 4), S. 50 ff.

²³ Vgl. *Ubaldino Miranda*, *A simulação* (o. Fn. 4), S. 50; *Itamar Gaino*, *A simulação dos negócios jurídicos*, 2. Aufl., 2012, S. 127 ff. *Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda* hält das Scheingeschäft jedoch in solchen Konstellationen für möglich – vgl. *Tratado de direito privado – Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade*, 4. Aufl., 1983, § 474, Nr. 2 f.

²⁴ *Pontes de Miranda*, *Tratado IV* (o. Fn. 23), § 470, Nr. 1; *Gaino*, *A simulação* (o. Fn. 23), S. 162 ff.; *Yussef Said Cahali*, *Casamento fiduciário, fictício ou simulado*, in Enciclopédia Saraiva de direito 13, S. 420 ff.; *Maria Helena Diniz*, *Curso de direito civil brasileiro – Vol. 5 – Direito de família*, 26. Aufl., 2011, S. 73 ff. Anders, vgl. *Fábio Ulhoa Coelho*, *Curso de direito civil – Vol. 1 – Parte geral*, 4. Aufl., 2010, S. 368 f.

en.²⁵ Bejaht wird hingegen die Möglichkeit einer simulierten Gesellschaft.²⁶ Selbst in einem Prozess könne die Simulation eine Rolle spielen (insbesondere bei der Vollstreckung), obwohl der Prozess selbst nicht simulierbar ist. In diesem Fall ist Art. 129 CPC (brasilianische Zivilprozessordnung) anwendbar.²⁷

III. Abgrenzung

Das Scheingeschäft wird meistens dem geheimen Vorbehalt, der Gesetzesumgehung, dem Treuhandgeschäft und der nichternstlichen Erklärung gegenüber gestellt.

1. Geheimer Vorbehalt

Beim geheimen Vorbehalt (oder der Mentalreservation, *reserva mental*) behält sich der Erklärende insgeheim vor, dass er das Erklärte nicht will. Vorausgesetzt wird, dass der Erklärende beabsichtigt, den Empfänger der Erklärung oder gar einen Dritten irrezuführen.²⁸ Ein unter diesen Voraussetzungen abgeschlossenes Rechtsgeschäft ist gemäß Art. 110 CC prinzipiell wirksam, es sei denn, dass der Empfänger den Vorbehalt kannte. In diesem Fall – dem der sog. bekannten Mentalreservation (*reserva mental conhecida*) – ist das Rechtsgeschäft nach derselben Vorschrift nichtig.

Der Unterschied zwischen Simulation und Mentalreservation besteht darin, dass bei der ersteren die Parteien sich darüber einig sind, eine Willenserklärung nur zum Schein abzugeben. Es liegt somit eine Simulationsabrede (*acordo simulatório*) vor.²⁹ Bei der Mentalreservation fehlt hingegen diese Voraussetzung: Oftmals weiß der Empfänger der Erklärung nicht, dass der Erklärende seinen Willen vorbehält. Und auch wenn der Empfänger von dem Vorbehalt erfährt, reicht die bloße Kenntnis des wahren Willens des Erklärenden nicht aus, um den Tatbestand des Scheingeschäftes zu erfüllen, da es an der entsprechenden Simulationsabrede fehlt.³⁰

2. Gesetzesumgehung

Unter die Gesetzesumgehung (*fraude à lei*) werden diejenigen Fälle subsumiert, in denen die Parteien einen wirtschaftlichen Zweck erreichen

²⁵ Diniz, Curso 5 (o. Fn. 24), S. 74.

²⁶ Gaino, A simulação (o. Fn. 23), S. 156 ff. (mit Verweis auf die Rechtsprechung).

²⁷ Dazu vgl. Flávio Luiz Yarshell, Simulação e processo de execução, in Alvin Wambier (Hrsg.), Processo de execução e assuntos afins, 1998, S. 226 ff.

²⁸ Nelson Nery Júnior, Vícios do ato jurídico e reserva mental, 1983, S. 18 ff.

²⁹ Marani, La simulazione (o. Fn. 6), S. 158; Nery Júnior, Vícios (o. Fn. 28), S. 47 ff.

³⁰ Nery Júnior, Vícios (o. Fn. 28), S. 49.

wollen, den ein Verbotsgesetz verhindern will.³¹ Dazu nehmen sie rechtlich erlaubte Handlungen vor, mittels derer sie nur indirekt gegen das Verbot verstoßen.³² Hierbei wird vorausgesetzt, dass die Parteien eine Umgehungsabsicht haben.³³

Zwar sind Simulation und Gesetzesumgehung insoweit ähnlich, als die Beteiligten bei beiden Rechtsfiguren ihre realen Absichten verbergen wollen.³⁴ Andererseits unterscheiden sie sich deutlich, denn beim Scheingeschäft beabsichtigen die Parteien, einen direkten Verstoß zu verdecken, während sie bei der Gesetzesumgehung den direkten Verstoß voraussehen und versuchen, ihn zu umgehen. Der Verstoß ist somit indirekt.³⁵ Ferner ist das simulierte Rechtsgeschäft nur zum Schein abgeschlossen; dagegen wollen die Parteien im Falle der Gesetzesumgehung, dass das abgeschlossene Rechtsgeschäft zwischen den Beteiligten durchaus wirksam wird.³⁶ In Bezug auf die Rechtsfolgen schließlich sind gutgläubige Dritte beim Scheingeschäft nach Art. 167 § 2° CC geschützt. Bei der Gesetzesumgehung spielt hingegen die Gutgläubigkeit Dritter keine Rolle: das Rechtsgeschäft ist gemäß Art. 166 VI CC für alle – auch für Dritte – nichtig.³⁷

3. Treuhandgeschäft

Der Begriff „Treuhandgeschäft“ (*negócio fiduciário*) umfasst die Fälle, in denen der Treugeber (*fiduciante*) dem Treuhänder (*fiduciário*) ein Treugut überträgt, die Ausübung der Befugnis jedoch durch ein Verpflichtungsgeschäft (die sog. Treuabrede, oder das *pactum fiduciae*) nur auf eine bestimmte Weise gestattet wird.³⁸ Diese Einschränkung hat aber keine dingliche Wirkung, so dass der Treuhänder auch gegen die Treuabrede das Treugut wirksam veräußern kann. In solchen Fällen abredewidrigen Verhaltens kann der Treugeber von dem Treuhänder lediglich Schadensersatz verlangen.³⁹

³¹ *Alvino Lima*, A fraude no direito civil, 1965, S. 20.

³² *Lima*, A fraude (o. Fn. 31), S. 24 f.

³³ Zu der Diskussion darüber, ob die subjektive oder die objektive Theorie der Gesetzesumgehung den Vorzug verdient, vgl. *Lima*, A fraude (o. Fn. 31), S. 293 ff. Für die objektive Theorie siehe z.B. *Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado – Tomo I – Introdução. Pessoas físicas e jurídicas, aktualisiert von *Judith Martins-Costa et al.*, 2012, § 17, Nr. 2.

³⁴ *Georgios D. Kallimopoulos*, Die Simulation im bürgerlichen Recht, 1966, S. 83.

³⁵ *Ferrara*, Della simulazione (o. Fn. 3), S. 70; *Pontes de Miranda*, Tratado I (o. Fn. 33), § 17, Nr. 8 („Por aqui não posso ir; vou por ali“); *Custódio da Piedade Ubaldino Miranda*, Teoria geral do negócio jurídico, 1991, S. 120.

³⁶ *Lima*, A fraude (o. Fn. 31), S. 31 f.

³⁷ *Pugliese*, La simulazione (o. Fn. 5), S. 54.

³⁸ *Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda*, Tratado de direito privado – Tomo III – Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, 2. Aufl., 1954, § 271 Nr. 1.

³⁹ *Nicola Distaso*, La simulazione dei negozi giuridici, 1960, S. 116.

Der Unterschied zwischen Simulation und Treuhandgeschäft besteht darin, dass letzteres ein wahres Geschäft ist, das simulierte Rechtsgeschäft hingegen nur zum Schein gewollt und folglich zwischen den Parteien unwirksam ist.⁴⁰ Der Treuhänder ist somit Eigentümer des Treugutes auch dem Treugeber gegenüber.⁴¹ Weiter wird in der Literatur auch darauf hingewiesen, dass durch das Treuhandgeschäft ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt werde.⁴² Mit dem Scheingeschäft wollen die Beteiligten dagegen entweder einen unverändert gebliebenen Zustand (bei absoluter Simulation) oder ein anderes Rechtshandeln (bei relativer Simulation) verdecken.⁴³

4. Nichternstliche Erklärung

Bei der nichternstlichen Erklärung (*declaração não-séria*) wird zwar eine Willenserklärung abgegeben, aber der Erklärende erwartet, dass der Empfänger deren unernsten Charakter erkennt.⁴⁴ Obgleich der CC diesen Typus der Willenserklärung nicht ausdrücklich regelt, wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass kein Rechtsgeschäft vorliege, wenn der Empfänger der Erklärung den Mangel an Ernstlichkeit erkannt hat.⁴⁵ Hat der Empfänger hingegen diesen Mangel verkannt, kommt das Rechtsgeschäft zwar zunächst zustande, ist jedoch nichtig.⁴⁶ Sind in dem letzten Fall die Voraussetzungen der außervertraglichen Haftung nach Art. 186 i.V.m. 927 CC erfüllt, muss der Erklärende dem Empfänger Schadensersatz leisten.⁴⁷

Der wichtigste Unterschied gegenüber dem Scheingeschäft besteht darin, dass bei der nichternstlichen Erklärung keine Simulationsabrede (*acordo simulatório*) vorliegt.⁴⁸ Tatsächlich erwartet der Erklärende, dass der Empfänger die fehlende Ernstlichkeit erkennt.⁴⁹

IV. Klassifikation und Art. 167, § 1° CC

Scheingeschäfte werden im brasilianischen Zivilrecht auf der Grundlage der Polaritäten Absolut vs. Relativ, Objektiv vs. Subjektiv, Vollständig vs. Partiell und Unschuldlich vs. Betrügerisch differenziert.

⁴⁰ Ferrara, Della simulazione (o. Fn. 3), S. 66; Diniz, Curso 1 (o. Fn. 17), S. 523.

⁴¹ Pontes de Miranda, Tratado III (o. Fn. 38), § 272 Nr. 2.

⁴² Pontes de Miranda, Tratado III (o. Fn. 38), § 271 Nr. 2; Diniz, Curso 1 (o. Fn. 17), S. 523.

⁴³ Siehe unten IV.1. Absolute vs. relative Simulation.

⁴⁴ Antônio Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico – Existência, validade e eficácia, 4. Aufl., 2008, S. 89.

⁴⁵ Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico – Existência (o. Fn. 44), S. 90 f.

⁴⁶ Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico – Existência (o. Fn. 44), S. 90 f.

⁴⁷ Junqueira de Azevedo, Negócio jurídico – Existência (o. Fn. 44), S. 91.

⁴⁸ Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., § 20 3, S. 413.

⁴⁹ Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, Rdnr. 596.

1. Absolute vs. relative Simulation

Unter absoluter Simulation versteht man eine Konstellation, in der die Parteien ein simuliertes Geschäft abschließen, ohne dass dabei ein dissimuliertes vorliegt. Damit wollen sie bei Dritten den Anschein erwecken, dass etwas Rechtliches geschehen sei, während tatsächlich der Zustand zwischen den Parteien unverändert geblieben ist.⁵⁰ Die zwei häufigsten Fälle sind die Verminderung des Vermögens (*diminuição do patrimônio*) und die Vermehrung der Passiva (*aumento do passivo*).⁵¹ Im ersten Fall veräußert eine Person Teile ihres Vermögens nur zum Schein, um ihre Gläubiger nicht zu bezahlen. Im zweiten Fall geht jemand Verbindlichkeiten ein, wodurch die Zahl der Gläubiger künstlich vermehrt wird, um die wahren Gläubiger zu betrügen.⁵² So verkaufte etwa in einem Fall aus der brasilianischen Rechtsprechung ein Ehemann, dem die Scheidung bevorstand, seine Anteile an einer Gesellschaft zum Schein an einen engen Freund, um zu verhindern, dass seine Ehegattin infolge der Gütergemeinschaft einen Teil dieser Anteile erwirbt.⁵³

Bei der relativen Simulation handelt es sich hingegen um die Fälle, in denen die Parteien nicht nur ein simuliertes, sondern auch mindestens ein weiteres, dissimuliertes (oder verdecktes) Rechtsgeschäft abschließen.⁵⁴ Die Verknüpfung zwischen dem simulierten und dem dissimulierten Rechtsgeschäft wird durch die Simulationsabrede hergestellt.⁵⁵ Das simulierte Geschäft dient in diesem Zusammenhang insoweit dem dissimulierten, als jenes vorgenommen wird, um dieses vor Dritten zu verbergen.⁵⁶ Das klassische Beispiel ist der Abschluss eines simulierten Kaufvertrags, der eine Schenkung verbirgt.⁵⁷ Eine relative Simulation liegt aber auch bei der Eingehung eines Wiederkaufs vor, dessen Zweck es ist, eine Verfallsvereinbarung (*pacto comissório*, Art. 1428 CC) zu verbergen.⁵⁸

Noch komplexer ist die Situation, wenn die Parteien nicht nur ein, sondern zwei simulierte Rechtsgeschäfte kundgeben, um das dissimulierte zu verschleiern. Dazu folgendes Beispiel: „A“ will dem „B“ Geld lei-

⁵⁰ *Ubaldo Miranda*, s.v. Simulação (o. Fn. 14), S. 89; *Gonçalves*, Direito civil 1 (o. Fn. 17), S. 485.

⁵¹ *Ferrara*, Della simulazione (o. Fn. 3), S. 149 ff.; *Gaino*, A simulação (o. Fn. 23), S. 78 ff.

⁵² Siehe o. Fn. 51.

⁵³ Cf. TJSP 28.4.1983, Ap. Cível n. 53.665-2, in RT 574 (1983), S. 87 ff.

⁵⁴ *Ubaldo Miranda*, s.v. Simulação (o. Fn. 14), S. 90.

⁵⁵ *Messineo*, Dottrina generale (o. Fn. 11), S. 303; *Giovanni Furguele*, Della simulazione di effetti negoziali, 1992, S. 98 f.; *Gaino*, A simulação (o. Fn. 23), S. 81.

⁵⁶ *Nuti*, La simulazione (o. Fn. 6), S. 185; *Diniz*, Curso 1 (o. Fn. 17), S. 525; *Gonçalves*, Direito civil 1 (o. Fn. 17), S. 485.

⁵⁷ *Ferrara*, Della simulazione (o. Fn. 3), S. 202; *Messineo*, Dottrina generale (o. Fn. 11), S. 304.

⁵⁸ Cf. TJSP 22.8.1975, Ap. Cível n. 232.025, in RT 482 (1975), S. 61 ff. Zu Verfallsvereinbarungen, die durch ein simuliertes Geschäft verdeckt werden, siehe *Gaino*, A simulação (o. Fn. 23), S. 145 ff.

hen, aber da die gewünschten Zinsen höher als die erlaubten sind, vereinbaren sie, dass „B“ seine Maschinen an „A“ verkauft, sie aber umgehend zurückmietet, so dass „B“ faktisch die Maschinen behalten und weiterhin sein Gewerbe betreiben kann. Die Absicht der Parteien ist es, ein Gelddarlehen zu vereinbaren, dessen Zinshöhe von der Rechtsordnung nicht gestattet ist. Infolgedessen ist jede Entrichtung der vereinbarten Maschinenmiete eigentlich eine Rate der Rückzahlung des Darlehens plus Zinsen. Außerdem bietet dieser Vorgang dem Darlehensgeber einen zusätzlichen Vorteil: Wenn der Darlehensnehmer den versprochenen Geldbetrag nicht zahlt, kann der Darlehensgeber die Herausgabe der Sache (hier: der Maschinen) verlangen. Hierdurch würde das Verbot der Verfallsvereinbarung (*proibição do pacto comissório*, Art. 1428 CC) umgangen.⁵⁹

Die relative Simulation setzt gemäß Art. 167, *caput* CC weiter voraus, dass das dissimulierte Rechtsgeschäft hinsichtlich seiner Substanz und Form gültig ist.⁶⁰ Das Vorliegen der „Substanz“ bedeutet, dass das Rechtsgeschäft nicht mangelhaft, also gültig und wirksam ist.⁶¹ Hierzu werden z.B. seine typische Zweckbestimmung (*causa*) und sein Inhalt (ob dieser nicht gesetzwidrig ist) ermittelt.⁶² In Bezug auf das Formerfordernis wird darüber gestritten, welche Form erfüllt werden muss, d.h. die Form des simulierten Rechtsgeschäfts oder diejenige des dissimulierten. Nach der h.M. ist das dissimulierte Geschäft nur gültig, wenn seine Form gewahrt wird.⁶³ Wenn die Parteien dagegen nur diejenige des simulierten Rechtsgeschäfts wahren, ist das dissimulierte nichtig. So z.B., wenn ein Mietvertrag abgeschlossen wird, um einen Kauf zu verbergen: Fehlt dem letztgenannten Vertrag seine pflichtige Form, nämlich die öf-

⁵⁹ Vgl. 1º TAC-SP 14.4.1998, Apel. Cível n. 716.791-7, in [http://www.tjsp.jus.br/\[4-4-2013\]](http://www.tjsp.jus.br/[4-4-2013]).

⁶⁰ Siehe Enunciado n. 293 do CJF (Conselho de Justiça Federal): „Na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado não decorre tão-somente do afastamento do negócio jurídico simulado, mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais de validade daquele“ („Bei der relativen Simulation folgt die Verwertung des dissimulierten Rechtsgeschäfts nicht nur aus der Entfernung vom simulierten Rechtsgeschäft, sondern aus der notwendigen Erfüllung aller substantziellen und formellen Gültigkeitsvoraussetzungen des dissimulierten Rechtsgeschäfts“).

⁶¹ *Marani*, La simulazione (o. Fn. 6), S. 73; *Cesare Massimo Bianca*, Diritto civile – Il contratto, 2. Aufl., 2000, S. 704.

⁶² *Messineo*, Dottrina generale (o. Fn. 11), S. 313, 44. Siehe Enunciado n. 153 do CJF (Conselho de Justiça Federal): „Na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízos a terceiros“ („Bei der relativen Simulation ist das simulierte (scheinbare) Geschäft nichtig, aber das dissimulierte wird gültig sein, wenn es weder gegen das Gesetz verstößt noch Dritten Schäden zufügt“).

⁶³ *Ubaldo Miranda*, A simulação (o. Fn. 4), S. 97; *Espínola*, Manual II – Parte primeira (o. Fn. 1), S. 489 f.

fentliche Urkunde (*escritura pública*, Art. 108 CC), so ist der Kauf nichtig. In solchen Fällen gilt die Simulation als absolut.⁶⁴

2. Objektive vs. subjektive Simulation

Bei der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Simulation wird auf das Element des Rechtsverhältnisses, das die Parteien simulieren wollen, abgestellt. Wenn mindestens eine Person eingeschaltet wird, so dass Dritte glauben können, diese sei eine Partei des Rechtsgeschäfts, liegt eine subjektive Simulation vor.⁶⁵ Hierbei handelt es sich um die sog. Verschiebung fiktiver Person (oder Handeln durch eine fiktive Zwischenperson, *interposição de pessoa fictícia*).⁶⁶ Die Person, die als Vertragspartei vorgeschoben wird, ist die Zwischenperson (*interposto*, auch *testa de ferro* genannt). Diejenige Person hingegen, die die wahre Partei des dissimulierten Rechtsgeschäftes ist, ist der sog. Hintermann (*interponente*).⁶⁷ Wenn etwa ein Vater seinem Sohn ein Grundstück schenken will, für eine solche Schenkung jedoch nach Art. 496 CC der ungewissen bis unwahrscheinlichen Zustimmung der Ehegattin und der anderen Geschwister bedarf, schaltet er einen engen Freund ein, der scheinbar das Grundstück erwirbt und danach an den Sohn veräußert.⁶⁸

Eine Simulation ist hingegen objektiv, wenn der Schein hinsichtlich des verfügbaren Gutes oder des Inhalts der Rechte oder Pflichten aufgebaut wird.⁶⁹ Der am weitesten verbreitete Fall ist der sog. Schwarzkauf, bei dem die Parteien einen niedrigeren Preis kundgeben, um Steuern zu sparen.⁷⁰

3. Vollständige vs. partielle Simulation

Simulationen können des Weiteren nach dem Element eines Rechtsgeschäftes differenziert werden, das jeweils simuliert wird. Eine vollständige Simulation (*simulação total*) liegt vor, wenn sich das simulierte und das dissimulierte Rechtsgeschäft hinsichtlich ihrer Natur unterscheiden.⁷¹

⁶⁴ Vincenzo Roppo, *Il contratto*, 2001, S. 704; Francesco Messineo, *Accordo simulatorio e dissimulazione di contratto*, in *Rivista di diritto civile* 12 (1966), S. 251.

⁶⁵ Aurelio Gentili, *Simulazione dei negozi giuridici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile* 18, S. 513.

⁶⁶ In diesem Zusammenhang ist die Simulation von dem Fall zu unterscheiden, in dem eine Person z.B. beim Kauf eines Grundstücks den Preis bezahlt, während jedoch eine andere (z.B. eine Konkubine) das Eigentum direkt bei der Eintragung erwirbt. Trotz der Verwirrung in der Rechtsprechung liegt hier kein Scheingeschäft vor. Vgl. Francesco Ferrara, *Interposizione di persona ed intestazione in altra persona*, in *Rivista di diritto privato* 7, Parte prima (1937), S. 129 ff. In der Rechtsprechung, siehe insbesondere STF 31.8.1976, RE 85.388/RJ, in <http://www.stf.jus.br/> [26-3-2013].

⁶⁷ Ubaldino Miranda, *A simulação* (o. Fn. 4), S. 101 f.

⁶⁸ Gaino, *A simulação* (o. Fn. 23), S. 86 f.

⁶⁹ Gentili, *Simulazione* (o. Fn. 65), S. 513.

⁷⁰ Diniz, *Curso* 1 (o. Fn. 17), S. 527; Rizzardo, *Parte geral* (o. Fn. 17), S. 494.

⁷¹ Gentili, *Simulazione* (o. Fn. 65), S. 513. Der Autor weist aber darauf hin, dass eine echte vollständige Simulation, bei der alle Elemente eines Rechtsverhältnisses (Sub-

So bei einem Kaufvertrag, der eine Schenkung verbirgt. Bei der partiellen Simulation (*simulação parcial*) wird hingegen mindestens ein Element des Scheingeschäftes simuliert, wobei diese Simulation sich nicht auf die Natur des Rechtsgeschäftes bezieht.⁷² Als Beispiele können die Vorschlebung fiktiver Person (Art. 167, § 1º, inc. I CC) und das Scheingeschäft in Bezug auf das Datum (Art. 167, § 1º, inc. III CC) erwähnt werden.

4. Unschuldige vs. betrügerische Simulation

Wenngleich Ausdruck der brasilianischen Rechtstradition, wurde die Unterscheidung zwischen unschuldiger (*inocente*) und betrügerischer (*fraudulenta*) Simulation, die explizit in Art. 104 CC/1916 stand, in den CC/2002 nicht mehr aufgenommen. Betrügerische Simulation (*simulação fraudulenta*) lag gemäß Art. 104 CC/1916 vor, wenn die Parteien eine Schädigung Dritter oder den Verstoß gegen eine gesetzliche Vorschrift beabsichtigten. Umgekehrt sprach man von unschuldiger Simulation (*simulação inocente*), wenn eine solche Absicht nicht festzustellen war.⁷³ Obwohl die Beibehaltung dieser Klassifikation weiterhin debattiert wird⁷⁴, wird sie heute von der h.M. und der Rechtsprechung zu Recht abgelehnt.⁷⁵ Tatsächlich wurde sie bereits unter Geltung CC/1916 von der

jekte, Gegenstand, Rechte und Pflichten) simuliert würden, praktisch unmöglich sei. Daher werde bei dieser Klassifikation auf die Natur des Rechtsgeschäfts abgestellt.

⁷² *Gentili*, Simulazione (o. Fn. 65), S. 513. Im brasilianischen Schrifttum wird diese Klassifikation nicht von allen angenommen. Für die Klassifikation vgl. *João Manuel Carvalho Santos*, Código Civil brasileiro interpretado – Parte geral (Arts. 43-113) – Vol. II, 10. Aufl., 1977, S. 383; *Gaino*, A simulação (o. Fn. 23), S. 83 f. Gegen die Klassifikation vgl. *Pontes de Miranda*, Tratado IV (Fn. 23), § 473, Nr. 2.

⁷³ Im Schrifttum zum CC/1916 vgl. bspw. *Washington de Barros Monteiro*, Curso de direito civil – Vol. I – Parte geral, 29. Aufl., 1990, S. 211 f. Viele Autoren vertraten aber die Auffassung, dass man nicht nur auf die Absicht, sondern auch auf den Eintritt einer Schädigung oder den Verstoß gegen ein Gesetz abzustellen hätte. So z.B. *Ubaldo Miranda*, A simulação (o. Fn. 4), S. 81. Siehe auch *Diniz*, Curso 1 (o. Fn. 17), S. 527 f.

⁷⁴ Für die Aufrechterhaltung der Klassifikation vgl. *Marcos Bernardes de Mello*, Teoria do fato jurídico – Validade, 9. Aufl., 2009, S. 131 f.; *Ulhoa Coelho*, Curso 1 (o. Fn. 24), S. 368 f.; *Rizzardo*, Parte geral (o. Fn. 17), S. 498 f.; *Caio Mário da Silva Pereira*, Instituições de direito civil – Vol. 1 – Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil, 24. Aufl., 2011, S. 534.

⁷⁵ *Amaral*, Direito civil (o. Fn. 16), S. 539; *Diniz*, Curso 1 (o. Fn. 17), S. 529; *Venosa*, Direito civil 1 (o. Fn. 17), S. 527; *Flávio Tartuce*, Manual de direito civil, 2. Aufl., 2012, S. 234; *Gonçalves*, Direito civil 1 (o. Fn. 17), S. 487. Zur Ablehnung der oben genannten Klassifikation in der Rechtsprechung siehe STJ 10.2.2004, REsp. n. 441.903, in <http://www.stj.gov.br/> [26-6-2012]; STJ 21.7.2007, EDcl. no Ag. Rg. no REsp. n. 402925/MG, in <http://www.stj.gov.br/> [26-6-2012]; STJ 15.4.2010, REsp. n. 595766/MS, in <http://www.stj.gov.br/> [26-6-2012]; STJ 13.9.2011, Ag. Rg. no REsp. n. 1.190.126/MS, in <http://www.stj.gov.br/> [26-6-2012]. Siehe Enunciado n. 152 do CJF (Conselho de Justiça Federal): „Art. 167: Toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante“ („Jede Simulation, einschließlich der unschuldigen, führt zur Ungültigkeit“).

Rechtsprechung oftmals ignoriert,⁷⁶ und manifest war die Absicht des Gesetzgebers, sie aus dem aktuellen Zivilgesetzbuch auszuschließen.⁷⁷

5. Ergänzung der Simulation durch Art. 167, § 1º CC

Der Art. 167, § 1º CC stellt drei Konstellationen dar, in denen Simulation vorliegt. In inc. I wird auf die Verschiebung fiktiver Person (*interposição de pessoa*) unmittelbar Bezug genommen. Eine solche liegt vor, wenn zumindest drei Menschen vereinbaren, ein simuliertes Rechtsgeschäft kundzugeben, dessen Funktion es ist, die wahre Partei zu verbergen. Während die Zwischenperson als Partei bei dem simulierten Geschäft dargestellt wird, ist der Hintermann eine Partei des dissimulierten Geschäfts.⁷⁸ Wesentliche Voraussetzung ist, dass alle drei Beteiligten an der Simulationsabrede (*acordo simulatório*) teilhaben.⁷⁹

Nach inc. II liegt eine Simulation vor, wenn Rechtsgeschäfte eine Erklärung, Anerkennung, Bedingung oder Klausel enthalten, die der Wahrheit nicht entspricht. In diesem Zusammenhang ist nur darauf hinzuweisen, dass der Ausdruck „Bedingung“ mehrdeutig ist. Er könnte sowohl Bedingung i.S.v. Art. 121 CC⁸⁰ bedeuten als auch andere *accidentalialia negotii* (z.B. Befristung, Arts. 131 ff. CC)⁸¹ umschreiben und sogar eine nichtjuristische Bedeutung haben, nämlich im Sinne einer bloßen Bestimmung zwischen den Parteien zu verstehen sein.⁸²

Schließlich stellt der inc. III des Art. 167, § 1º CC lediglich klar, dass Simulation ausschließlich bei Privaturkunden möglich ist. Bei öffentlichen Urkunden liegt hingegen in vergleichbaren Fällen kein Scheingeschäft vor, sondern eine Fälschung (*falsidade*).⁸³

V. Folgen

Das simulierte Rechtsgeschäft ist nach dem Wortlaut des Art. 167, *caput* CC und der Intention des Gesetzgebers⁸⁴ immer nichtig.⁸⁵ Es spielt

⁷⁶ *Junqueira de Azevedo*, Negócio jurídico – Existência (o. Fn. 44), S. 93 („Quanto à jurisprudência, pode-se afirmar que [...] ela, sem dizer, muitas vezes, pura e simplesmente, ignora o art. 104 [CC/1916]“). Zur Rechtsprechung vgl. STJ 19.3.1991, REsp. n. 2.216/SP, in <http://www.stj.gov.br/> [1-3-2013].

⁷⁷ *José Carlos Moreira Alves*, A parte geral do projeto de código civil brasileiro, com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, 1986, S. 113 f.

⁷⁸ Siehe o. IV.2. Objektive vs. subjektive Simulation.

⁷⁹ *Ubaldo Miranda*, s.v. Simulação (o. Fn. 14), S. 92; *Luca Nanni*, L'interposizione di persona, 1990, S. 112; *Gentili*, Simulazione (o. Fn. 65), S. 514.

⁸⁰ *Messineo*, Dottrina generale (o. Fn. 11), S. 305.

⁸¹ *Espínola*, Manual III – Parte primeira (o. Fn. 1), S. 495.

⁸² *Carvalho Santos*, Código civil II (o. Fn. 72), S. 383.

⁸³ *Carvalho Santos*, Código civil II (o. Fn. 72), S. 384 f.; *Pontes de Miranda*, Tratado IV (Fn. 23), S. 391; *Espínola*, Manual III – Parte primeira (Fn. 1), S. 496 f.; *Gaino*, A simulação (o. Fn. 23), S. 92.

⁸⁴ Vgl. *Moreira Alves*, A parte geral (o. Fn. 77), S. 113. Von demselben Autor, vgl. O novo código civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e

daher keine Rolle mehr, ob die Parteien durch das Scheingeschäft Schaden für Dritte herbeigeführt haben, oder ob sie eine solche Absicht beim Abschluss des Geschäfts hatten.⁸⁶ Einerseits bedeutet dies, dass der Grundsatz, demzufolge niemand gehört wird, der sich auf seine eigene Schandtät beruft (*nemo auditur proprium turpitudinem allegans*), beim Scheingeschäft nicht mehr gilt.⁸⁷ Somit dürfen auch diejenigen, die ein simuliertes Geschäft abgeschlossen haben, sich jeweils gegenüber dem anderen auf die Nichtigkeit dieses Rechtsgeschäfts berufen.⁸⁸ Andererseits hat dies zur Folge, dass dem Richter gemäß Art. 168, § *único* CC die Pflicht obliegt, die Nichtigkeit des simulierten Rechtsgeschäfts von Amts wegen (*ex officio*) anzuerkennen.

Gutgläubige Dritte sind nach Art. 167 § 2º CC in ihren Rechten geschützt, d.h. ihre Rechte gehen den Interessen der an dem Scheingeschäft Beteiligten vor.⁸⁹ Dies bedeutet, dass die Simulation gutgläubigen Dritten gegenüber nicht eingewendet werden kann.⁹⁰ Wenn ein gutgläubiger Dritter bspw. eine Sache, die Gegenstand einer Simulation ist oder war, von einem scheinbaren Verkäufer kauft, erwirbt der Dritte das Eigentum an dem Gegenstand, obwohl der Verkäufer über ihn nicht verfügen konnte.

VI. Beweisregime

Eine Simulation kann nicht auf der Grundlage bloßer Vermutungen geltend gemacht werden; vielmehr muss sie vor Gericht bewiesen werden. Die Beweislast liegt grundsätzlich bei demjenigen, der sich auf die Simulation beruft.⁹¹

Der Beweis kann unmittelbar geführt werden, wenn die Parteien ihre Absichten bzw. ihre Simulationsabrede in einer Urkunde schriftlich nie-

suas bases romanísticas, in *Revista jurídica* 51 (2003), S. 23; und *Exposição de motivos complementar – Parte geral*, in *Código civil – Anteprojetos – Vol. 5 – Tomo 2 – Anteprojeto de Código Civil – revisto (1973) / Comissão elaboradora e revisora*, 1989, S. 31.

⁸⁵ So auch die h.M.: *Diniz*, *Curso 1* (o. Fn. 17), S. 529; *Ulhoa Coelho*, *Curso 1* (o. Fn. 24), S. 367; *Venosa*, *Direito civil 1* (o. Fn. 17), S. 526 f.; *Gonçalves*, *Direito civil 1* (o. Fn. 17), S. 486; *Martins*, *A simulação* (o. Fn. 17), S. 26 f.

⁸⁶ *Martins*, *A simulação* (o. Fn. 17), S. 21.

⁸⁷ *Gaino*, *A simulação* (o. Fn. 23), S. 188. Zu einer anderen Meinung vgl. *Silva Pereira*, *Instituições 1* (o. Fn. 74), S. 534 f.

⁸⁸ *Venosa*, *Direito civil 1* (o. Fn. 17), S. 527; *Gaino*, *A simulação* (o. Fn. 23), S. 188; *Diniz*, *Curso 1* (o. Fn. 17), S. 529. Siehe auch *Enunciado n. 294 do CJP (Conselho de Justiça Federal)*: „Sendo a simulação uma causa de nulidade do negócio jurídico, pode ser alegada por uma das partes contra a outra“ („Da die Simulation ein Nichtigkeitsgrund ist, kann eine Partei sich gegenüber der anderen darauf berufen“).

⁸⁹ *Diniz*, *Curso 1* (o. Fn. 17), S. 529.

⁹⁰ *Gonçalves*, *Direito civil 1* (o. Fn. 17), S. 486.

⁹¹ *Martins*, *A simulação* (o. Fn. 17), S. 25.

dergelegt haben.⁹² Dies ist die sog. *ressalva* (auch als *contradocumento* bezeichnet), die aber nur selten vorkommt.⁹³ Häufig muss die Simulation hingegen mittelbar bewiesen werden, d.h. durch Anhaltspunkte, deren Ermittlung dem Richter zu dem Schluss verhilft, dass die Parteien ein Rechtsgeschäft nur zum Schein kundgegeben haben. Diese Anhaltspunkte müssen überall ernst, bestimmt und übereinstimmend sein.⁹⁴ Alle zur Verfügung stehenden Beweismittel sind jedenfalls erlaubt.⁹⁵

Somit ist eine Vielzahl von Indizien denkbar, die oftmals erst miteinander kombiniert enthüllen, dass es sich in einem konkreten Fall um ein Scheingeschäft handelte. Hier können davon nur einige erwähnt werden. Erstens, die sog. *causa simulandi*, d.h. der Richter kann aus dem Zusammenhang des Falls den Grund erschließen, warum die Parteien ein Scheingeschäft getätigt haben. Zweitens, die bloße Tatsache, dass eine Person ihr gesamtes Vermögen oder dessen besten Teil veräußert hat. Drittens, das vorhergehende Verhalten und der Charakter der Parteien. Viertens, die ökonomische Unfähigkeit einer Partei, eine bestimmte Leistung zu erfüllen, z.B. wenn eine Person mit nur geringen finanziellen Ressourcen ein eher teures Haus erwirbt. Fünftens, wenn das Benehmen oder das Wissen einer Partei mit ihrem rechtlichen Handeln nicht vereinbar ist. So wenn jemand einen Laden kauft, aber von dessen Führung und Verwaltung offensichtlich keine Ahnung hat.

Der letztgenannte Indizientypus kann durch ein anschauliches Beispiel aus der Rechtsprechung erläutert werden: „A“ verkaufte seinem Neffen „B“ zum Schein seine Bar, um zu vermeiden, dass „C“, mit der „A“ etwa achtzehn Jahre lang in einer Lebensgemeinschaft (*união estável*) gelebt hatte, infolge der Trennung die Hälfte der Bar beanspruchen könnte. Der Richter begründete seine Entscheidung über das Vorliegen einer Simulation mit vielen Anhaltspunkten. Einerseits war „B“ finanziell nicht in der Lage, den Preis für den Laden zu zahlen. Andererseits betrieb „A“ das Geschäft noch weiter, was damit belegt werden konnte, dass er noch alle Entscheidung traf, die Quittungen noch selbst unterschrieb und ganztags dort arbeitete. Ferner ließ „B“ bei der Parteivernehmung erkennen, dass er nichts über sein vermeintlich eigenes Geschäft wusste. „B“ gab dabei an, dass seine Vergesslichkeit sich durch eine psychische Erkrankung erklären lasse, was aber nicht in Einklang damit zu bringen war, dass er damals gleichzeitig ein anderes Geschäft hatte, das er persönlich betrieb, und zudem noch an einer Fakultät studierte. Zudem ließ sich durch einen

⁹² *Ubaldo Miranda*, s.v. Simulação (o. Fn. 14), S. 104. Siehe auch *Espínola*, Manual II – Parte primeira (o. Fn. 1), S. 530.

⁹³ *Venosa*, Direito civil 1 (o. Fn. 17), S. 534. *Ubaldo Miranda*, s.v. Simulação (o. Fn. 14), S. 104.

⁹⁴ *Ubaldo Miranda*, s.v. Simulação (o. Fn. 14), S. 104.

⁹⁵ Für die hier genannten und andere Anhaltspunkte vgl. *Ubaldo Miranda*, A simulação (o. Fn. 4), S. 157 ff.; *Venosa*, Direito civil 1 (o. Fn. 17), S. 535. Siehe auch *Yarshell*, Simulação e processo (o. Fn. 27), S. 236 ff.

Zeugenbeweis belegen, dass „A“ sich sowohl Dritten als auch „B“ gegenüber als Eigentümer verhalten hatte.⁹⁶

VII. Zusammenfassung

Die vorliegende Darstellung hat gezeigt, dass die h.M. in Brasilien das Scheingeschäft nach wie vor als eine absichtliche Abweichung zwischen Wille und Erklärung auffasst. Diese Konzeption ist jedoch mit der italienischen Literatur und einigen brasilianischen Autoren als überholt zu betrachten. Wesentliche Voraussetzung des Scheingeschäfts ist jedenfalls die Simulationsabrede (*acordo simulatório*). Das simulierte Rechtsgeschäft ist ferner immer nichtig, weshalb die Klassifikation der Simulation nach dem Gegensatz Unschuldig vs. Betrügerisch im CC zu Recht keine Rolle mehr spielt. Bei der relativen Simulation hängt die Gültigkeit des dissimulierten Rechtsgeschäfts von den üblichen Voraussetzungen, insbesondere der Einhaltung der gebotenen Form ab (Art. 167, *caput* CC). Gutgläubige Dritte schließlich sind nach Art. 167 § 2° CC geschützt, und der Beweis für das Vorliegen einer Simulation wird meistens durch Indizien geführt.

⁹⁶ Vgl. TJDF, 3.10.2007, Apel. Cível n. 2005.03.1.021651-5, in <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/> [26-3-2013].

Direitos da personalidade dos pacientes terminais: diferenças entre a normatização brasileira e alemã sobre cuidados em fim de vida

von HENRIQUE MORAES PRATA *

I. Introdução

Não sendo súbita a morte – fato cada vez mais raro¹ –, há um instante no qual o ser humano passa a se confrontar concretamente com sua finitude e seu processo de morrer. Esse instante se dá, quase sempre, com o recebimento de um diagnóstico de enfermidade fatal ou de agravamento de condição preexistente de saúde, tornando necessária, na maioria das vezes, a internação em instituição hospitalar, com duração variável, ao longo das diferentes fases do tratamento a ser seguido.

Como consequência direta de internações no Brasil, mais de 74% das mortes em geral ocorrem em hospitais ou outros estabelecimentos de saúde, enquanto apenas 22% delas ocorrem em domicílio, conforme dados do Ministério da Saúde do ano de 2009. Ao se analisarem os mesmos dados com um filtro de causa mortis oncológica, o percentual de mortes em hospitais ou outros estabelecimentos de saúde salta para mais de 82%, enquanto as mortes em domicílio caem para 17%².

Se, por um lado, a morte ocorre cada vez mais em ambiente hospitalar, por outro, isso não significa um aumento na qualidade do processo de morrer, mas, muitas vezes, prolongação do sofrimento, em razão da submissão a tratamentos agressivos e adiamento do momento natural de morte. É um contrassenso que a sociedade medicalizada impõe às pessoas: ao longo da existência saudável, um aumento substancial dos

* Graduado em Direito (2000) e Filosofia (2011) pela Universidade de São Paulo. *M. iur. comp.* Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (2005). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2012). E-mail: henriquemoraesprata@gmail.com.

¹ “Em razão do vertiginoso desenvolvimento da medicina, a morte súbita tornou-se rara hoje em dia.” “Dank der rasanten medizinischen Entwicklung ist der plötzliche Tod heute seltener geworden.” VERREL, Torsten. *Rechtliche Aspekte*. In: VERREL, Torsten; SIMON, Alfred. *Patientenverfügungen - Rechtliche und ethische Aspekte*. Freiburg im Breisgau: Karl Alber, 2010, p. 15-16 (tradução nossa).

² MS/SVS/DASIS - Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM. Em razão dos dados de 2010 ainda não terem sido consolidados, optamos por trabalhar com aqueles de 2009. A fim de se ter um comparativo, informamos que na Alemanha, por exemplo, os números atuais sobre o local de morte são: 42-43% em hospitais, 25-30% em casa, 16-27% em *hospices* ou asilos, 1-2% em estações de cuidados paliativos e 2-5% em outros lugares, como informa Gian Domenico Borasio a partir de dados da Sociedade Alemã para Medicina Paliativa. BORASIO, Gian Domenico. *Über das Sterben*. 4^a. ed. München: Beck, 2012, p. 29.

fatores de qualidade e expectativa de vida (feliz); ao final, dificuldades para se morrer com dignidade³.

No Brasil, diferentemente da Alemanha, por razões culturais que extrapolam o âmbito do presente texto, os temas enfermidade e morte e suas questões correlatas são subtraídos do debate público e quase sempre sua discussão é apresentada como uma ameaça à vida.

O presente texto desenvolve-se a partir de duas proposições de nossa tese de doutorado intitulada *Enfermidade e infinito: direitos da personalidade do paciente terminal*⁴.

Em nosso trabalho, apresentamos nova perspectiva para as discussões jurídicas e bioéticas brasileiras acerca dos direitos da personalidade dos pacientes terminais e encontramos em nosso ordenamento jurídico, na afirmação de um direito geral da personalidade, a plenitude da tutela civil dos bens personalíssimos do enfermo, sobretudo nas etapas finais da doença, ocasião em que a hipermedicalização do processo de morrer destaca-se como o principal fator gerador de lesões de diversas naturezas a esses bens. No caminho para chegarmos à proteção geral da personalidade, examinamos alguns direitos especiais que emergem ao final da existência humana, como o direito à morte em momento natural.

Asseveramos, também, que o cuidar e o tratar em pacientes gravemente enfermos e terminais deve relacionar-se, antes, ao homem em sua dignidade e plenitude, em uma concepção biomédica, filosófica e metafísica conjugada da sua existência, e não se reduzir à simples obstinação prognóstica e terapêutica, visão reducionista que relaciona tratar a doença a um investimento no prolongamento estéril da vida humana cujos custos tem impacto direto em nosso Sistema Único de Saúde.

Concluimos nosso trabalho com a constatação de que se faz necessária uma mudança do paradigma atual de cuidados de saúde em fim de vida também na esfera jurídica, com a aceitação, na escolha terapêutica, da naturalidade do evento morte ao final da existência: da busca da cura, para o cuidar; da quantidade para a qualidade da vida que resta.

Na constelação de direitos da personalidade – lançando mão de metáfora cara aos alemães – que se destaca ao final da existência humana em enfermidade, indentificam-se direitos disponíveis e indisponíveis. Nossa

³ Interessantemente, cumpre-nos notar que o termo morte digna (e também boa morte) é utilizado tanto por aqueles que propugnam a eutanásia ou o suicídio assistido quanto pelos partidários da morte natural. Pesquisas com os verbetes morte, morrer e dignidade em bases de dados como o PubMed revelam o seu uso concomitante, o que, a nosso ver, não configura um motivo para criarmos outra expressão, uma vez que esta nos parece boa.

⁴ Defendida em 18 de outubro de 2012 e premiada como a melhor tese da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no biênio 2011-2012, em reunião da Comissão da Pós-Graduação em 20 de março de 2013 (veja-se p. 44-45 para o resumo em alemão).

discussão dar-se-á em torno da salvaguarda desses direitos, a partir dos quais destacaremos o instituto das diretivas antecipadas de vontade.

II. Direitos da personalidade

O artigo 12 do Código Civil Brasileiro permite o entendimento de que a legislação acolhe a teoria do direito geral da personalidade, concepção necessária à plenitude da tutela do enfermo, segundo nossa opinião. Assim, antes de apresentarmos a legislação alemã sobre disposições dos pacientes sobre tratamento médico futuro (*Patientenverfügungen*), traçaremos, em apertada síntese, o caminho do reconhecimento de um direito geral da personalidade naquele país.

1. Alemanha

No prefácio à sua obra de referência sobre os direitos da personalidade, Götting, Schertz e Seitz chamam a atenção logo no início para o fato do reconhecimento de um direito geral de personalidade na Alemanha ser uma das alterações mais profundas e de maior amplitude ocorridas no direito privado alemão após a Segunda Guerra⁵. Esta nova e extensa proteção da personalidade pelo direito civil encontra guarida não apenas na decisão do BGH de 1954, mas também em posições doutrinárias existentes antes mesmo da entrada em vigor do BGB, em 1900, como pode-se identificar nos escritos de Gierke e Kohler, por exemplo.

Götting, Schertz e Seitz visualizam, na positivação dos direitos da personalidade, um ponto de cristalização de correntes histórico-filosóficas que têm o homem como medida de todas as coisas, passando pela Antiguidade, Renascimento e Iluminismo⁶, avaliação com a qual concordamos.

A concepção e conceituação de um direito da personalidade abrangente deu-se sobretudo com Gierke⁷, na Alemanha, no final do século XIX, não tendo sido, contudo, albergada no BGB por deliberação expressa do legislador. Isso porque, na época havia um Princípio do Tribunal do Império (*Reichsgericht*) segundo o qual um direito subjetivo geral da personalidade seria estranho ao direito civil em vigor⁸.

⁵ GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter. Handbuch des Persönlichkeitsrechts. München: C. H. Beck, 2008, p. V.

⁶ GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter. Handbuch des Persönlichkeitsrechts, cit., p. V.

⁷ MARTIN, Klaus. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung. Hamburg, Deutschland: Dr. Kovač, 2007, p. 152-155.

⁸ GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter. Handbuch des Persönlichkeitsrechts, cit., p. 2.

Diante disso, em 1954 a famosa “Decisão sobre a carta do leitor” (*‘Leserbrief’-Entscheidung*⁹), do BGH, representou uma mudança radical de paradigmas na Alemanha, algo quase inimaginável¹⁰ anos antes, uma vez que instituiu um direito geral da personalidade por meio da jurisprudência, influenciando toda a discussão que se lhe seguiu. Nesta decisão, o tribunal emancipou a proteção da publicação indesejada de uma carta de características de direito autoral.

Os fatos que deram origem à decisão foram os seguintes: o hebdomadário *Die Welt am Sonntag* expressou-se aberta e criticamente contra um artigo do banqueiro *H. G. Hjalmar Schacht*, ex-ministro das finanças do Império e presidente do Banco do Império, em razão de seu passado nacional-socialista. O advogado do banqueiro solicitou ao jornal que publicasse sua declaração contraditória. *Die Welt am Sonntag*, por sua vez, publicou uma versão reduzida da carta do advogado em sua seção de carta dos leitores, dando a entender que o advogado teria se manifestado de maneira privada sobre o artigo e que tinha os mesmos ideais políticos de seu cliente. O advogado, então, pleiteou em juízo a retratação de que teria escrito uma carta de leitor. A ação tramitou em Hamburgo, tendo sido julgada procedente, em primeira instância, com base nos § 823, II BGB¹¹ em conexão com os §§ 186, 187 StGB, e em sentido contrário, pelo Tribunal de Segunda Instância local. O BGH, posteriormente, reafirmou a decisão de primeira instância sem problematizar a respeito dos §§ 186, 187 StGB relacionando o caso diretamente a direitos da personalidade. O ponto de subsunção a esses direitos e a afirmação de um direito geral da personalidade representou uma crítica contestação da jurisprudência do antigo Tribunal do Império. Por meio dos artigos 1 e 2 da Lei Fundamental de Bonn garantiu-se um direito geral de personalidade a ser observado também em âmbito civil¹².

⁹ BGHZ 13, 334 = NJW 1954, 1404 – *Leserbrief* apud GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter. Handbuch des Persönlichkeitsrechts, cit., nota 3, p. 2. Referida como a “Decisão Schacht”, em referência ao sobrenome do autor, por MARTIN, Klaus. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung, cit., p. 228.

¹⁰ RGZ 69, 401, 403 – *Nietzsche-Briefe*; MünchKommBGB/Rixecker, Allg. PersönlR, Rn.1. GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter. Handbuch des Persönlichkeitsrechts, cit., nota 2, p. 2. MARTIN, Klaus. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung, cit., p. 231.

¹¹ “§ 823 Obrigação de indenização por danos

(1) Quem dolosamente ou culposamente causar dano à vida, à integridade corporal, à saúde, à liberdade ou a qualquer outro direito de outrem de forma ilegal, está obrigado a indenizar os prejuízos advindos desse danos.

(2) A mesma obrigação de indenização também tem aquele que agir contra lei, a qual tenha por objetivo a proteção de outrem. Caso haja uma infração da lei sem culpabilidade do autor, não haverá obrigação de indenização de danos.” (tradução nossa).

¹² MARTIN, Klaus. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung, cit., p. 228-229.

Klaus Martin ressalta dois trechos da decisão do BGH, que por também entendermos muito significativos para a mudança jurisprudencial operada, transcrevemos a seguir:

Após a Lei Fundamental ter reconhecido o direito do homem ao respeito de sua dignidade (art. 1 da Lei Fundamental) e o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, inclusive na esfera privada, por quem quer que seja, desde que esse direito não fira os direitos alheios ou não esteja em desacordo com a ordem constitucional ou leis morais (art. 2 da Lei Fundamental), deve o direito da personalidade ser visto como um direito fundamental garantido constitucionalmente (compare-se Enneccerus-Nipperdey, Parte Geral 14^a. edição, § 78 I 2; Enneccerus-Lehmann, Direito das Obrigações 14. edição § 233 2 c; Coing SJZ 1947, 642).

[...]

Qualquer manifestação de um determinado pensamento através da linguagem é emanção da personalidade de seu autor, mesmo que esta forma de manifestação não esteja amparada pela proteção dos direitos autorais. Disso resulta que somente o autor pode decidir, se tal manifestação pode tornar-se acessível ao público e de que forma seu registro pode ser feito; [...]. Enquanto a publicação de um registro não autorizado representa uma intervenção ilegal na esfera privada, a reprodução alterada de um registro fere a esfera do direito à personalidade, dado que essas alterações não autorizadas pelo autor podem transmitir uma imagem alterada de sua personalidade.¹³

Como explica Götting, a superação dos limites impostos por normativas individuais para a proteção de direitos da personalidade valeria não apenas em face de um direito de personalidade no âmbito do direito autoral, mas também para outras normatizações de leis especiais, como o direito ao nome (§ 12 BGB), direito à própria imagem (§§ 22 e seguintes KUG e § 823 II BGB) e proteção da honra (§§ 185 e seguintes do StGB), que engloba a privacidade de palavras ditas, cartas, dados e segredos que pertençam a áreas da vida privada, nos termos dos §§ 201, 202, 202a, 203, 204 StGB, ressaltando-se um regulamento especial da honra

¹³ “Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art 1 GrundG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art 2 GrundG), muss das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleitetes Grundrecht angesehen werden (vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil 14. Aufl. § 78 I 2; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht 14. Aufl. § 233 2 c; Coing SJZ 1947, 642). [...]

Jede sprachliche Festlegung eines bestimmten Gedankeninhalts ist, und zwar auch dann, wenn der Festlegungsform eine Urheberschutzfähigkeit nicht zugebilligt werden kann, Ausfluss der Persönlichkeit des Verfassers. Daraus folgt, dass grundsätzlich dem Verfasser allein die Befugnis zusteht, darüber zu entscheiden, ob und in welcher Form seine Aufzeichnungen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden; [...]. Während eine ungenehmigte Veröffentlichung privater Aufzeichnungen – in der Regel – einen unzulässigen Eingriff in die jedem Menschen geschützte Geheimsphäre darstellt, verletzt eine veränderte Wiedergabe von Aufzeichnungen die persönlichkeitsrechtliche Sphäre deshalb, weil solche vom Verfasser nicht gebilligten Änderungen ein falsches Persönlichkeitsbild vermitteln können.”

MARTIN, Klaus. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung, cit., p. 229-230.

comercial no § 824 BGB. A regulação de uma proteção geral da honra é vista como tarefa do direito penal.

Ao comentar a decisão, Klaus Martin afirmará, na esteira de Larenz, que, embora não dito expressamente, resulta da decisão um entendimento de que o direito geral de personalidade é um direito especial absoluto, nos termos do § 823 I BGB¹⁴. Com relação à aplicação mediata ou imediata dos artigos 1 e 2 da Lei Fundamental na construção do direito geral de personalidade em âmbito civil, opina Martin, juntamente com Nipperdey, que embora não reste claro ao se analisar somente a justificativa da decisão, pode-se supor que o tribunal seguiu a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais, como se depreende do trecho “também como direito privado a ser observado por todos” (“*auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt*”).

Crorie, igualmente, trata da assim chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, eficácia desses direitos com relação a terceiros, apresentando-a como já superada, inclusive nos argumentos de que geraria insegurança jurídica, que feriria a separação de poderes, ameaçando a autonomia do direito privado e a unidade do sistema jurídico. A teoria monista de Nipperdey, que outorga eficácia imediata a esses direitos, apregoa a viabilidade absoluta dos direitos fundamentais como direitos subjetivos ou normas de valores que se aplicam diretamente nas relações privadas. Direitos fundamentais valem, então, como direitos subjetivos, o que se estenderia inclusive até a construção de um dever de proteção.¹⁵

Também neste sentido, Alexy afirma que a ideia de que as normas de direitos fundamentais tenham efeito perante terceiros é amplamente aceita, a questão que coloca é acerca da extensão deste efeito.¹⁶

2. Brasil

A imagem de Götting, Schertz e Seitz de um relacionamento gemelar como metáfora explicativa da coexistência de uma proteção civil da personalidade e de direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental Alemã¹⁷ pode ser aplicada também ao ordenamento jurídico pátrio. De fato, se os direitos da personalidade já haviam recebido destaque na Carta de 1988, o Código Civil de 2002 ao lhes dedicar o livro que

¹⁴ MARTIN, Klaus. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung, cit., p. 231.

¹⁵ CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21.

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 528 e ss. No tocante à extensão, como o presente trabalho tem seu foco em Direito Civil, não pretendemos tratar da intrincada questão da colisão de direitos fundamentais, uma vez que se revela menos premente numa análise civilística que propugna um direito geral da personalidade.

¹⁷ GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter. Handbuch des Persönlichkeitsrechts, cit., p. V.

inaugura sua Parte Geral reafirmou e renovou a importância da matéria para o legislador, reflexo de um interesse cada vez maior da doutrina pelo tema.

Contudo, como assevera Éneas Costa Garcia em obra essencial para a avaliação do atual estágio dos direitos da personalidade no país,

a doutrina tradicional dos múltiplos direitos da personalidade, malgrado os seus inegáveis méritos e sua incontestável utilidade, já não se mostra apta para satisfazer a necessidade de tutela integral da pessoa. Ou, ao menos, não consegue sozinha alcançar este objetivo.¹⁸

Como solução a esta constatação, o autor apresenta a alternativa de se adotar a teoria do direito geral da personalidade, tutelando a pessoa “de forma ampla, considerando globalmente a personalidade, independentemente do reconhecimento de direitos típicos.”¹⁹

De fato, no Código Civil de 1916 não havia previsão expressa dos direitos da personalidade, nem sistematicidade na apresentação da matéria, existindo apenas manifestações pontuais. Doutrina e jurisprudência, contudo, corroboraram para a concretização de alguns direitos especiais em nosso ordenamento, como lembra Costa Garcia.

Em um segundo momento, já no âmbito dos movimentos codificadores, sobretudo após o projeto de novo Código Civil apresentado por Orlando Gomes, surgiram “tentativas de sistematização, com as classificações e a pesquisa a respeito dos atributos gerais dos direitos de personalidade.” Esta visão atomizada desses direitos se refletiu, inclusive, na Constituição de 1988, bem como no Código Civil de 2002, que Costa Garcia considera “o ponto culminante da teoria tradicional.”²⁰

De fato, na exposição de motivos de seu projeto de Código Civil, Orlando Gomes também destacou este ponto:

Alguns desses direitos, protegidos constitucionalmente sob a forma de liberdades, não tinham a sua tutela completada pela organização de um sistema de defesa contra possíveis atentados de particulares, tanto mais necessário quanto se ampliaram, adquirindo novos aspectos e conteúdo novo, tais como o do direito à vida, ao trabalho, à educação e tantos outros.

[...]

No Código Civil devem ser isoladas as disposições que, na órbita privada, podem concorrer para a defesa da personalidade humana. A reafirmação, na lei civil, da intangibilidade de certos direitos inseparáveis da pessoa humana indica que o Código, completando a rede de proteção ao homem que se distende desde a Constituição e de decla-

¹⁸ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 3.

¹⁹ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, cit., p. 3

²⁰ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, cit., p. 3.

rações internacionais de princípios, reafirma solenemente a necessidade de serem preservados para que se resguarde a dignidade humana.²¹

Ocorre, porém, que embora a positivação desses direitos represente algum avanço com relação ao sistema precedente, a disciplina normativa encontra-se bem aquém de conceitos aplicados pela doutrina e pela jurisprudência.²²

III. Direitos da personalidade e instrumentos de sua tutela ao final da existência humana

As diretivas antecipadas de vontade revelam-se instrumentos ótimos a tutelar os direitos da personalidade e a autonomia do paciente diante do agravamento de sua condição de saúde.

1. Alemanha

A normatização de diretivas antecipadas de vontade na Alemanha vem de encontro ao anseio de muitos, como relata Torsten Verrel em capítulo dedicado a aspectos jurídicos do tema em obra do Centro Alemão de Referência para a Ética nas Ciências da Vida (*Deutsches Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften - DRZE*)²³. Segundo Dieter Sturma, diretor do DRZE, diretivas antecipadas de vontade garantem o direito fundamental à auto-determinação em situações de tratamentos médicos no final da vida em momentos em que a capacidade decisória da pessoa foi perdida, a fim de evitar que sua vida seja prolongada em razão de ações médicas²⁴.

Contudo, a questão que se coloca é se é possível normatizar a morte em todos os seus aspectos ou se se deveria permiti-lo. As dificuldades resultam sobretudo da insegurança epistemológica e circunstancial, uma vez que quatro perspectivas que nos seus respectivos campos de interesse nem sempre se sobrepõem devem, obrigatoriamente, ser consideradas: a do paciente, a dos familiares, a do pessoal de cuidados e a do

²¹ GOMES, Orlando. Projeto de Código Civil. Brasília: Serviço de reforma de Códigos, 1965, p. 35-36.

²² GARCIA, Enéas Costa. Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, cit., p. 3.

²³ VERREL, Torsten. *Rechtliche Aspekte*, cit., p. 13 a 58.

²⁴ Em seguida, Sturma afirma o caráter defensivo dessas diretivas: "*Patientenverfügungen sind insofern defensiv angelegt. Es wird zumindest stillschweigend das Verschwinden der Autonomiefähigkeit mit der Zunahme der Gefahr gleichgesetzt, in den eigenen Lebensumständen in würdelose Zustände zu geraten. Eine solche Situation soll durch die Willenserklärung vermieden werden.*" Disposições de vontade de pacientes (diretivas antecipadas de vontade) são, neste sentido, utilizadas em sentido defensivo. Ao menos tacitamente, o desaparecimento da capacidade de autonomia é sopesado com o aumento do perigo de encontrar circunstâncias da própria vida em situação indigna. Uma situação deste tipo deve ser evitada por meio de declaração de vontade." STURMA, Dieter. Vorwort. In: VERREL, Torsten. *Rechtliche Aspekte*, cit., p. 9 (tradução nossa).

médico responsável. A nova regulação legal na Alemanha dá preferência ao interesse do paciente e neste sentido representa uma significativa priorização.²⁵

Há grande discussão na doutrina acerca da questão temporal relacionada aos efeitos epistemológicos do interregno entre a manifestação da vontade e ocorrência de situação de tratamento. Haveria, em certo sentido, uma certa insegurança acerca da exata vontade do paciente no momento de execução do instrumento, bem como o impacto que o desenvolvimento biotecnológico poderia ter sobre a deliberação anteriormente tomada. Esta questão foi resolvida na França optando-se por um prazo de três anos para a validade das declarações, devendo ser sempre renovada uma vez decorrido o prazo²⁶, e em cinco anos em Portugal, como dispôs o artigo 7º. da Lei n. 25/2012²⁷.

O instrumento jurídico de precaução para assegurar as Disposições de Vontade de Pacientes (*Patientenverfügungen*) foi, pela primeira vez²⁸, reconhecido e regulado em lei na Alemanha em 1º de setembro de 2009, com a entrada em vigor da Terceira Lei para Alteração do Direito de Assistência²⁹, na forma deliberada pelo Parlamento Federal em 18 de junho e sancionada pelo Conselho Federal em 10 de julho do mesmo ano. Torsten Verrel, ao compará-la com a lei austríaca de 2006, classifica-a como liberal e aberta a disposições, com exigências moderadas para a elaboração e vinculação de disposições (de vontade) de pacientes. As bases legais trazidas pela novel normativa, que incorporou pretensões e

²⁵ “*Es stellt sich allerdings die Frage, ob Sterben in jeder Hinsicht Normierungen zugänglich ist oder zugänglich gemacht werden sollte. Schwierigkeiten ergeben sich vor allem aus der epistemischen Unsicherheit sowie aus dem Umstand, dass vier Perspektiven zusammengeführt werden müssen, die sich in ihren jeweiligen Interessenlagen nicht immer zur Deckung bringen lassen: die des Patienten, der Angehörigen, des betreuenden Pflegepersonals sowie des behandelnden Arztes. Die neuen gesetzlichen Regelungen in Deutschland weisen den Interessen des Patienten in diesem Zusammenhang einen eindeutigen Vorrang zu.*” STURMA, Dieter. Vorwort, cit., p. 9 (tradução nossa).

²⁶ Artigo 7º. da lei n. 2005-370 de 22 de abril de 2005, relativa aos direitos dos doentes e ao fim da vida, que inseriu novo artigo, de n. 1111-11, no Código da Saúde Pública daquele país.

²⁷ Lei n. 25 de 16 de julho de 2012. Regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

²⁸ VERREL, Torsten. *Rechtliche Aspekte*, cit., p. 13. No mesmo momento do texto, VERREL considera uma imprecisão o fato das regras trazidas por esta lei, cujo núcleo se compõe pelos § 1901a, § 1901b e § 1904 do BGB, ser denominada de maneira geral como Lei para as Disposições [de Vontade] dos Pacientes (*Patientenverfügungsgesetz*), por considerá-la como uma espécie de conclusão provisória de uma discussão longa e intensa, por vezes levada de maneira controversa e emocional, cujo alcance ultrapassa a mera elaboração do instrumento jurídico.

²⁹ Em alemão, a lei chama-se: *Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (BtÄndG) vom 29. Juli 2009 (Bundesgesetzblatt I, 2586), zuletzt geändert am 31. Juli 2009.*

propostas da Ciência Jurídica, outorgam, nas palavras do mesmo autor, a urgente e necessária segurança jurídica ao tema.³⁰

A seguir elencaremos os novos parágrafos incorporados ao BGB, nos termos da lei de 2009:

§ 1901a Declaração de vontade do paciente

(1) Tendo uma pessoa maior de idade e capaz declarado e estipulado, de forma escrita, a aceitação ou proibição de exames de seu estado de saúde, tratamentos de cura ou intervenções médicas futuros, no caso do surgimento de uma incapacidade de expressar sua vontade (declaração de vontade do paciente), deve o assistente verificar se esta declaração está de acordo com a atual situação de vida e de tratamento do assistido. Sendo esse o caso, o assistente deve garantir a expressão e a validade da vontade do assistido. Uma declaração de vontade do paciente pode ser revogada, sem forma específica, a qualquer momento.

(2) Não havendo uma declaração de vontade do paciente ou não se verificando que esta está de acordo com a atual situação de vida e de tratamento do assistido, tem o assistente de definir o desejo de tratamento do assistido ou a vontade presumida do mesmo como base para decidir sobre a aceitação ou a proibição de uma medida médica de acordo com o parágrafo 1. A vontade presumida do assistido deve ser apurada de acordo com pontos de referência concretos. Devem ser considerados, em especial, manifestações orais ou escritas, bem como convicções étnicas ou religiosas e suas concepções pessoais de valor.

(3) Os parágrafos 1 e 2 são válidos independentemente do tipo e estágio da doença do assistido.

(4) Ninguém pode ser obrigado a realizar uma declaração de vontade do paciente.

(5) Os parágrafos 1 a 3 valem respectivamente para o procurador.

§ 1901b Conversa para a verificação da vontade do paciente

(1) O médico responsável pelo tratamento verificará as medidas médicas a serem adotadas tendo em consideração o estado geral do paciente bem como seu prognóstico. Ele e o assistente debaterão sobre essas medidas levando em conta a vontade do paciente expressa na forma do § 1901a.

(2) Para a verificação da vontade do paciente de acordo com o § 1901a alínea 1 ou da vontade presumida do mesmo de acordo com o § 1901a alínea 2, deve ser possibilitada aos parentes e às pessoas próximas do assistido a possibilidade de se manifestarem, desde que isso não importe em uma protelação considerável do tratamento.

(3) As alíneas 1 e 2 valem respectivamente para o procurador.

§ 1901c Manifestação escrita do desejo de assistência, poderes para assistência

Aquele que possuir uma manifestação escrita, na qual alguém indique sugestões para a escolha do assistente ou desejos relativos ao exercício da assistência, caso necessite de assistência futura, deve entregá-la ao juízo da assistência, assim que tomar conhecimento da existência de um processo de indicação de um assistente. Da mesma forma, deve o possuidor de manifestações escritas, nas quais a pessoa a ser assistida

³⁰ Gostaríamos de indicar duas obras essenciais para a exata compreensão do panorama jurídico alemão sobre o tema das diretivas antecipadas de vontade, ambas publicadas anteriormente à promulgação da lei: HUFEN, Friedhelm. *Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen: der Rahmen des Verfassungsrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2009; e ALBERS, Marion (Hrsg.). *Patientenverfügungen*. Baden-Baden: Nomos, 2008. A primeira permite verificar os diferentes entendimentos sobre o alcance a ser dado a estes instrumentos sob a perspectiva do direito constitucional, como no tocante ao direito à autodeterminação. Na obra de Albers, diversos autores de renome discutem o tema sob variadas perspectivas jurídicas.

concede a uma outra pessoa poderes para o exercício da assistência, informar o juízo da assistência acerca das mesmas. O juízo da assistência pode exigir a apresentação uma cópia autenticada dessa manifestação.

§ 1904 Autorização do juízo da assistência para medidas médicas

(1) O consentimento do assistente relativamente a um exame do estado de saúde, a um tratamento ou a uma intervenção médica deve ser confirmado pelo juízo da assistência, quando houver perigo fundado de que o assistido devido a essas medidas possa morrer ou sofrer graves e duradouros problemas de saúde. Sem essa autorização, a medida só poderá ser efetivada, quando a sua protelação representar perigo.

(2) O não consentimento do assistente relativamente a um exame do estado de saúde, a um tratamento ou a uma intervenção médica deve ser confirmado pelo juízo da assistência, quando a medida for indicada pela medicina e haja perigo fundado de que o assistido, devido à não realização ou interrupção da medida, possa morrer ou sofrer graves e duradouros problemas de saúde.

(3) A autorização referida nas alíneas 1 e 2 deve ser concedida quando o consentimento, o não consentimento ou a revogação do consentimento representar a vontade do assistido.

(4) Uma autorização de acordo com as alíneas 1 e 2 não é necessária, quando houver entre o assistente e o médico responsável comum acordo de que o consentimento, o não consentimento ou a revogação do consentimento correspondem à vontade do assistido expressa e fixada na forma do § 1901a.

(5) As alíneas 1 a 4 valem respectivamente para o procurador. Ele só pode consentir, não consentir ou revogar o consentimento na forma da alínea 1, frase 1 ou alínea 2, se esses poderes estiverem expressos no instrumento de procuração.

Além do disposto na legislação civil, alguns Estados, como a Baviera (cfr. p. 46 e ss.), têm modelos oficiais para estes documentos, a fim de facilitar a obtenção da vontade das pessoas por meio de quesitos a serem respondidos. Segundo nosso entendimento, o modelo bávaro andou bem ao privilegiar a captação dos valores pessoais dos pacientes e não o detalhamento de procedimentos a serem ou não adotados.

No que se refere à jurisprudência sobre as disposições de vontade sobre tratamento médico (*Patientenverfügungen*), nos termos estabelecidos pela decisão do Segundo Senado Penal da Corte Federal de Justiça da Alemanha³¹, datada de 25 de junho de 2010, com base na Audiência Principal de 2 de junho daquele mesmo ano, as Diretivas Antecipadas de Vontade, regulamentadas em sede legislativa em 1º de setembro de 2009 por meio da Terceira Lei para Alteração do Direito de Assistência (*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*), tiveram sua aplicação ratificada e, de certa maneira, ampliada por meio desta decisão penal da Corte Federal. Três pontos principais envolvendo os parágrafos 212, 216 e 13 do Código Penal, juntamente com os novos parágrafos 1901a e seguintes do Código Civil compuseram o cerne da decisão:

1. É justificável o auxílio à morte por meio de omissão, limitação ou terminação de tratamento médico iniciado (suspensão de tratamento) quando representar a vontade,

³¹ BGH, Urteil vom 25. Juni 2010 – 2 StR 454/09.

real ou presumida, do paciente (§ 1901a BGB) e serve para que um processo de enfermidade que sem tratamento leva à morte siga seu curso.

2. Uma suspensão de tratamento poderá ser realizada por meio de omissão como também por ação.

3. Intervenções intencionais na vida de uma pessoa, que não tenham ligação com a suspensão de um tratamento médico, não podem ser justificadas por meio de consentimento.³²

Referido caso chegou à Corte por meio de recurso interposto contra a decisão de 30 de abril de 2009 do Tribunal de Segunda Instância da cidade de Fulda, no Estado de Hessen.

2. Brasil

O ordenamento brasileiro permite que se declare vontade acerca de tratamento médico futuro e outras especificidades envolvendo esta condição, inclusive a nomeação de representante para decidir sobre questões supervenientes, com a ressalva, porém, de que as disposições não contrariem as leis e os bons costumes. Não existe legislação específica sobre o tema das diretivas antecipadas de vontade, apesar do número cada vez maior de diretivas registradas em cartório, conforme informação colhida em tabeliões de São Paulo.

Recentemente o Conselho Federal de Medicina tratou do tema das diretivas antecipadas de vontade em sua Resolução n. 1995/2012, na esteira da Resolução n. 1.805/2006³³, na qual, além de reconhecer, novamente, que os atuais recursos tecnológicos permitem a adoção de medidas desproporcionais que apenas prolongam o sofrimento do paciente terminal sem lhe gerar benefícios, dispôs sobre a conduta dos médicos em face desses instrumentos, *verbis*:

Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º. Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou e expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

³² “1. Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.

2. Ein Behandlungsabbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Tun vorgenommen werden.

3. Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, sind einer Rechtfertigung durch Einwilligung nicht zugänglich.” BGH, Urteil vom 25. Juni 2010 – 2 StR 454/09, S. 1. (tradução nossa).

³³ O Conselho Federal de Medicina obteve julgamento favorável a esta resolução.

§ 1º. Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º. O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º. As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º. O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º. Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária.

Apesar desta Resolução CFM n. 1995/2012, a ausência de legislação sobre a matéria deixa um vácuo de insegurança sobre os limites dessas declarações, o que faz com que alguns tabeliães se neguem a acolhê-las, como pudemos perceber em nossas pesquisas de campo.

Por oportuno, ressalte-se que não há que se confundir as especificações de uma diretiva antecipada de vontade com aquelas de indicação de curador para os casos de incapacidade, pois o curador irá se ocupar apenas dos bens e não de decisões sobre o fim de vida.

Projeto de Lei n. 6.715 de 2009

O projeto de lei n. 6.715, de 22 de dezembro de 2009 propõe o acréscimo de novo artigo ao Código Penal (Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) no capítulo que trata da periclitação da vida e da saúde pública:

Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 1º. A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§ 2º. A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso dos meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.³⁴

Em 21 de junho de 2012, este projeto foi objeto de audiência pública para a discussão de seus termos, tendo havido consenso a seu respeito, uma vez que reflete a evolução das discussões dos últimos anos.

O caráter extraordinário e desproporcional do cuidado a ser realizado poderá ser sempre objeto de discussões, sobretudo pelo público leigo, mas, por outro lado, o projeto indica o reconhecimento pelo legislador da

³⁴ Projeto de lei citado.

possibilidade de ocorrência de cuidados fúteis, sendo considerado um avanço por representantes da área médica, como Daniel Neves Forte, da Associação de Medicina Intensiva Brasileira.

Este projeto foi apresentado como substituto ao PL 116/2000 e foi aprovado por unanimidade pelos senadores da Comissão de Constituição e Justiça antes de ser encaminhado para a Câmara dos Deputados, onde permanece aguardando o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania³⁵.

Embora, no nosso entender, seja um bom texto legislativo naquilo que dispõe, o projeto poderia ter ido além e disciplinado o instituto das diretivas antecipadas de vontade.

Projeto de Novo Código Penal

O Projeto de Lei n. 236/2012, na esteira de diversos anteprojetos apresenta a proposta de um novo Código Penal e um novo enquadramento da matéria, permitindo interpretação ambígua de seu texto, inclusive no sentido de se estar legitimando a eutanásia, como alertam especialistas e pode ser observado do texto da proposição:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena - prisão, de dois a quatro anos.

§ 1º. O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Exclusão de ilicitude

§ 2º. Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.³⁶

IV. Conclusão

Em razão da complexidade do feixe de direitos que compõem os bens personalíssimos dos pacientes terminais faz-se necessário o reconhecimento de um direito geral da personalidade que tutele de maneira geral – e não atomizada – suas pretensões exigíveis. No aspecto instrumental, para esses direitos, as diretivas antecipadas de vontade revelam-se aptas a antecipar importantes discussões e externalização de desejos acerca de decisões de tratamento de saúde nem sempre fáceis em razão do atual estágio tecnológico da medicina.

³⁵ Projeto de lei citado.

³⁶ Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>. Acesso em: 28 ago. 2012.

Há bons exemplos legislativos de regulação de diretivas antecipadas de vontade no exterior, como atesta o exemplo alemão apresentado neste trabalho. A inspiração em modelos alienígenas para sua positivação no ordenamento pátrio deverá se dar com base em características culturais próprias do Brasil, mas acentuamos a necessidade de se contemplar uma etapa de captura dos valores de vida das pessoas.

Bibliografia

ALBERS, Marion (Hrsg.). *Patientenverfügungen*. Baden-Baden: Nomos, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORASIO, Gian Domenico. *Über das Sterben*. 4^a. ed. München: Beck, 2012.

CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GOMES, Orlando. *Projeto de Código Civil*. Brasília: Serviço de reforma de Códigos, 1965.

GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter. *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*. München: C. H. Beck, 2008.

HUFEN, Friedhelm. *Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen: der Rahmen des Verfassungsrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2009.

MARTIN, Klaus. *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*. Hamburg, Deutschland: Dr. Kovač, 2007.

VERREL, Torsten. *Rechtliche Aspekte*. In: VERREL, Torsten; SIMON, Alfred. *Patientenverfügungen: Rechtliche und ethische Aspekte*. Freiburg im Breisgau: Verlag Karl Alber, 2010. p. 13-57.

Deutsche Zusammenfassung der Arbeit:

PRATA, Henrique Morais. *Enfermidade e infinito: direitos da personalidade do paciente terminal (Krankheit und Ewigkeit: Persönlichkeitsrechte von Patienten im Endstadium)* (Seitenzahl: 238. *Juristische Promotion – Juristische Fakultät, Universität São Paulo, São Paulo, 2012*).

Diese Arbeit stellt eine neue Perspektive der juristischen und bioethischen Diskussion über die Persönlichkeitsrechte von Patienten im Endstadium dar und findet in unserem Rechtssystem, durch Bestätigung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, den umfassenden zivilrechtlichen Schutz der höchstpersönlichen Rechtsgüter des Patienten vor, vor allem in den Endstadien der Krankheit, einer Situation, in der die Übermedikalisierung des Sterbeprozesses sich als Hauptfaktor von Rechtsverletzungen verschiedenster Art gegenüber diesen Rechtsgütern darstellt.

In der Absicht, die zentrale Stellung des Menschen als einziges Ziel wiederzugewinnen, dem das Recht und die Medizin dienen sollen, wird der Werdegang des Persönlichkeitskonzepts in seiner rechtsphilosophischen Entwicklung dargestellt, um zu bestätigen, dass jedes menschliche Wesen zugleich Person und Rechtssubjekt ist (*ubi homo sapiens, ibi persona*), selbst wenn es keine juristische Geschäftsfähigkeit mehr besitzt, und damit die Unmöglichkeit fehlender Rechtsfähigkeit aufzuzeigen, unabhängig von den Umständen und der biopsychischen menschlichen Entwicklung.

Auf dem Weg zu einem allgemeinen Schutz des Persönlichkeitsrechts werden einige spezielle Rechte hervorgehoben, die zum Ende der menschlichen Existenz hin auftreten, wie etwa das Recht auf einen natürlichen Tod.

Es wird zudem gezeigt, dass Pflege und Umgang mit schwer kranken Patienten, sowie solchen im Endstadium, sich zunächst auf den Menschen in seiner umfassenden Würde beziehen, in einem biomedizinisch, philosophisch und metaphysisch ergänzten Konzept seiner Existenz, und sich nicht auf eine einfache prognostische und therapeutische Starrheit begrenzen darf, eine eingeschränkte Sichtweise, die die Krankheitsbehandlung als Investition in eine schlichte Verlängerung des menschlichen Lebens versteht.

In diesem Sinne wird eine neue juristische Perspektive für Krankheit und dem Umgang mit diesem Zustand aus der Sicht von Patienten im Endstadium, Pflegern und medizinischem Personal vorgestellt, unter Berücksichtigung der Gedanken Emmanuel Lévinas, und der Aufmerksamkeit, die er der Figur des „Anderen“ erteilt, die unsere Hermeneutik der Rechtsinstitution des Persönlichkeitsrechts beeinflusst hat.

Anschließend wird festgestellt, dass, mit Zustimmung der therapeutischen Schule, ein Paradigmenwechsel über den Umgang der Rechtswissenschaften mit der Gesundheit am Lebensende erforderlich ist, über die Natürlichkeit des Ereignisses „Tod“ am Ende des Existenz: auf der Suche nach Heilung, für die Pflege; von der Quantität weg hin zur Qualität des verbleibenden Lebens.

Schlüsselwörter: Persönlichkeitsrechte. Patient im Endstadium. Palliativmedizin. Orthothanasie. Emmanuel Lévinas.

Formulários oficiais do Estado Livre da Baviera sobre diretivas antecipadas de vontade*

p. 26

Instrução para a Representação de Valores Pessoais

Quando você quiser se ocupar com uma Diretiva Antecipada de Vontade...

... você deverá primeiramente ler o capítulo
„Representação de Valores Pessoais“
com calma.

p. 27

Representação de Valores Pessoais

- Reflexões fundamentais sobre viver e morrer

Um complemento e reforço importante de sua Diretiva Antecipada de Vontade é quando você reflete e escreve sobre sua situação de vida e de doença, bem como sobre seus valores pessoais, sua opinião religiosa e sua opinião sobre o viver e morrer pessoais. A esse respeito, as seguintes reflexões e perguntas podem ser-lhe úteis:

Primeiramente dois exemplos, os quais devem servir para esclarecer o seguinte:

Em determinadas situações-limite da vida, previsões sobre o resultado de medidas médicas são, em casos isolados, quase nunca possíveis. Quando você mesmo opta por uma ou outra solução, você assume a responsabilidade por isso, se você, por um lado, deseja renunciar a um possível pedaço de vida ou se você está disposto a pagar um provável alto preço em dependência e determinação de terceiros em troca de uma pequena chance de boa vida.

Tentativas de reanimação são frequentemente bem sucedidas em relação à reativação da atividade do coração e do rim. Infelizmente, muito mais raramente têm como resultado um completo restabelecimento de todas as funções do cérebro. Em uma reanimação, segundos ou minutos são frequentemente decisivos para o sucesso. Por este motivo, o médico nesta situação não tem tempo de conduzir longas discussões ou processos de decisão. Ele também não pode prever se a pessoa em questão não poderá ser salva de modo algum, se ela sobreviverá com profundos danos no cérebro como caso de assistência (médica) ou se a ela será possível uma vida normal e determinada por si mesma após uma reanimação bem sucedida.

Se você desejar proporcionar clareza sobre seus desejos de tratamento numa situação desta, o ato de responder às seguintes perguntas poderá ser útil para você:

* Tradução do alemão: Henrique Moraes Prata. O original pode ser encontrado em <www.verwaltung.bayern.de/egov-portlets/xview/Anlage/1928142/>.

- Você deseja ser reanimado no caso de uma parada cardíaca repentina ou de uma falha na respiração, existindo uma chance não apenas de continuar vivendo, mas sim de conduzir uma vida determinada por si próprio?
- Você renuncia, no caso de uma parada cardíaca repentina ou de uma parada respiratória, à chance de sobreviver, em grande parte, sem consequências, pois o preço de possível danos no cérebro seria muito alto para você?

Pacientes em estado vegetativo encontram uma vida consciente e determinada por si próprios de volta em casos de exceção, mesmo após anos de necessidade de cuidados e terapia, mas também de total dependência. Também nesta situação os médicos não podem primeiramente prever se a pessoa em questão pertencerá àqueles poucos que voltam à vida determinada por si mesmos ou àqueles muitos que a vida toda tem que ser acompanhados como caso de assistência (médica).

Perguntas com relação a esta situação poderiam ser:

- Você deseja que, no caso de estado vegetativo, seja feito por si todo o humanamente possível na esperança de que você talvez pertença àqueles poucos que após anos de terapia retornam a uma vida determinada por si próprios?
- Ou a ideia de uma vida com dependência total de muitos anos é muito assustadora a você, assim você preferencialmente renuncia a esta possibilidade de vida e, após um tempo a ser determinado por você, rejeita outras medidas para prolongar a vida?

Naturalmente suas respostas a estas questões dependerão de fatores como se você é velho ou novo, doente incurável ou saudável. Elas dependem também de seus ideais sobre o pedaço de vida situado para trás e de suas ideias sobre a vida que está para a frente. E, de acordo com a situação de vida, as respostas podem, durante sua vida, sempre ser colocadas de outra forma.

p. 28

Você deve sugerir as seguintes perguntas, refletir sobre suas próprias opiniões de vida e representações de valores pessoais:

- Você pode designar sua vida, se olhar para trás, como bem sucedida? Ou você iria preferencialmente – se você pudesse – conduzir sua vida de forma totalmente diferente? Você ficou decepcionado com a vida? Há muitos desejos não realizados, dos quais você espera que eles no futuro ainda poderiam ser realizados?
- Você lidou até agora com experiências cheias de mágoa em sua vida? Você deixou-se ajudar por outros nestas situações ou você tentou controlar tudo sozinho e resolver tudo por você mesmo?
- Você tem medo de virar um fardo na vida dos outros ou você é da opinião que você pode deixar-se consolar?
- Qual papel desempenha a religião na sua organização de vida? E qual papel desempenha ela nas suas expectativas de futuro, também após a morte?
- Você quer ainda, se possível, viver muito? Ou para você a intensidade de sua vida futura é mais importante do que a duração da vida? A qualidade da vida vem para

você primeiro do que a quantidade ou ao contrário, quando as duas não são possíveis de ter extensão?

- Como repercutem deficiências de outras pessoas em você? Como você lida com isso? Para você há diferença na avaliação entre deficiência mental ou corporal? Qual seria a pior deficiência que você mesmo poderia encontrar?

- Há muitas coisas não resolvidas na sua vida, para as quais você de qualquer forma ainda precisa de tempo para regularizá-las?

- Qual papel desempenham amizades e relações com outras pessoas na sua vida? Você tem prazer em ter pessoas de confiança em sua volta, quando não vai tudo bem com você ou você se recolhe preferencialmente? Você pode se imaginar acompanhando outra pessoa para a morte? Você desejaria um tal acompanhamento para si mesmo?

Você se ocupa com as perguntas, as quais são agora para você realmente importantes. Separe um tempo para isso, converse com pessoas de confiança sobre isso e anote os pensamentos mais importantes na página anexa “Minha Representação de Valores Pessoais”. Esta folha anexa é parte explicativa de suas Diretivas Antecipadas de Vontade. Ela serve para sublinhar a seriedade e confiabilidade de sua decisão e esclarecer suas reflexões. Se você não quiser sublinhar extensivamente, basta também responder algumas das perguntas exemplificativas mencionadas por escrito. Mas você deverá trazer expressamente, ao menos com palavras próprias, possivelmente por escrito, que você ocupa-se essencialmente com o significado de uma Diretiva Antecipada de Vontade, que entendeu o conteúdo da redação sugerida e que as afirmações respectivamente assinaladas por você correspondem à sua vontade própria. Assim sua Diretiva não poderá ser colocada em dúvida mais tarde, que você teria possivelmente assinado uma impressão sem a ler ou sem uma noção precisa de seu conteúdo.

Você tem também a possibilidade de se manifestar sobre a pergunta da reanimação no caso de uma parada cardíaca/circulatória, quando você a deseja, devido à sua idade, sua visão de mundo ou sua situação de doença. Você deve conversar com seu médico sobre pormenores relacionados a isso. Isso vale particularmente para o caso de doença grave (veja também o formulário “Complemento à Diretiva Antecipada de Vontade em Caso de Doença Grave”).

p. 29

MINHAS REPRESENTAÇÕES DE VALORES PESSOAIS

- Comentários pessoais sobre minha Diretiva Antecipada de Vontade -

[página inteira com linhas em branco]

p. 30

IMPORTANTE – IMPORTANTE – IMPORTANTE – IMPORTANTE –
IMPORTANTE

Instrução para uma Diretiva Antecipada de Vontade

É muito indicado que você converse sobre uma Diretiva Antecipada de Vontade com seu médico de família ou com uma outra modalidade de médico.

Mas se você decidir depositar sua Diretiva sem tal aconselhamento, por favor, leia inteiramente o texto sugerido com cautela. Ocupe-se também com as explicações médicas a este respeito.

A Diretiva Antecipada de Vontade sugerida deve fornecer-lhe o motivo, para que você discuta as respectivas perguntas a fundo.

Por este motivo, são previstos campos para você marcar as suas decisões.

Também para a Diretiva Antecipada de Vontade você encontra no anexo um exemplar adicional determinado para destacar e preencher.

p. 31

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE – PÁGINA 1

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE

Para o caso, que eu,

nascido em: _____

domiciliado em: _____

não possa mais formar ou externar minhas vontades de forma compreensível, eu determino o seguinte:

1. Situações para as quais esta Diretiva é válida: (Eu assinalei aqui ou, respectivamente, anexe abaixo, onde aplicável)

- Quando eu, de acordo com toda a probabilidade, me encontre inevitavelmente em processo direto de morte.
- Quando eu me encontrar no estágio final de uma doença incurável, fatal, mesmo quando o momento da morte ainda não for previsível.
- Quando, devido a um dano no cérebro, minha capacidade de ganhar compreensão, de tomar decisões e de entrar em contato com outras pessoas, após avaliação de dois médicos experientes, com toda probabilidade não poderá ser trazida de volta, mesmo quando o momento da morte ainda não for previsível. Isso vale para

danos diretos no cérebro, por exemplo, através de acidente, acidente vascular cerebral, inflamação, bem como para danos indiretos no cérebro, por exemplo, após resgate, choque ou falha no pulmão. Estou ciente de que em tais situações a capacidade para sentimentos pode ser mantida e que o “acordar” deste estado não é totalmente descartado, mas altamente improvável.

- Quando eu, devido a um processo bem avançado de decomposição do cérebro (por exemplo, num caso de demência), também com cuidados de longo prazo, não for mais capaz de ingerir alimentos e líquidos de forma natural.

- _____

Comparavelmente, situações de doença não mencionadas expressamente aqui, deverão respectivamente ser avaliadas.

2. Em todas as situações descritas e assinaladas sob o número 1 eu desejo:

- Medidas de cuidado paliativos, especialmente cuidados na boca para evitar o sentimento de sede, bem como medidas médicas paliativas, especialmente medicamentos para o combate eficaz de dores, falta de ar, medo, inquietude, vômito e outras manifestações de doença. Eu aceito a possibilidade de um encurtamento de meu tempo de vida através destas medidas.

3. Nas situações descritas e assinaladas sob o ponto 1 eu desejo:

- A omissão de medidas que mantenham a vida, as quais apenas adiam a entrada da morte e através disso prolongam provável dor desnecessária.

- Nenhuma medida de reanimação.

p. 32

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE – PÁGINA 2

4. Nas situações descritas por mim e assinaladas sob o número 1, particularmente nas situações nas quais a morte não está diretamente iminente, eu gostaria de poder morrer e desejo:

- Nenhuma alimentação artificial (nem através de uma sonda através da boca, do nariz ou do abdômen, nem sobre a veia).

- Nenhum recebimento de líquidos (exceto em indicação paliativa para aliviar a dor).

O cumprimento destes desejos não é, segundo o direito em vigor, pedido de morte assistida.

- Eu desejo um acompanhamento

por meio de

(espaço para desejos e notas pessoais)

por meio de cuidados espirituais

por meio de serviço de hospice

• Eu emiti em adição à Diretiva Antecipada de Vontade uma procuração preventiva e conversei sobre o conteúdo desta Diretiva Antecipada de Vontade com a pessoa para a qual eu outorguei os poderes.

PROCURADOR(A)

(Nome)

(Endereço)

(Telefone)

(Fax)

No lugar de uma procuração eu elaborei apenas uma indicação de representante.
Sim Não

Eu elaborei uma Identidade de Doador de Órgãos, na qual eu expliquei minha disposição para doar órgãos. Sim Não

Contanto que a esta Diretiva Antecipada de Vontade são inclusas explicações sobre minhas Representações de Valores Pessoais, dentre outros, minha disposição para doar órgãos (“Identidade para Doar Órgãos”), minhas representações sobre reanimação (por exemplo, em caso de parada cardíaca aguda) ou declarações sobre doenças existentes, devem esta ser vistas como parte explicativa desta Diretiva.

Eu elaborei esta Diretiva após cuidadosa reflexão. Ela é a expressão do meu direito de autodeterminação. Por isso eu não desejo que na situação concreta da incapacidade de tomar decisões, uma mudança da minha vontade seja feita, desde que eu não a tenha revogado expressamente (por escrito ou comprovadamente verbalmente).

Eu sei que posso, a todo tempo, modificar ou revogar totalmente minha Diretiva Antecipada de Vontade.

Lugar, data

Assinatura

p. 33

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE – PÁGINA 3

Recomenda-se confirmar esta Diretiva regularmente (por exemplo, a cada um a dois anos) através de assinatura. Uma nova assinatura ou, se for o caso, “retoque”, faz sentido quando uma mudança nas situações pessoais de vida ocorre. Um aconselhamento médico é urgentemente recomendável mesmo quando ele não é condição para a eficácia legal.

Lugar	Data	Assinatura
-------	------	------------

Médico/médica de minha confiança

Nome _____

Endereço _____

Telefone _____ Fax _____

Ao estabelecer minha Diretiva Antecipada de Vontade eu deixei-me aconselhar por

Nome Endereço

Local, data Telefone Assinatura do Aconselhante

- (Um aconselhamento antes da redação de uma Diretiva Antecipada de Vontade não é prescrito por lei. Uma conversa de aconselhamento pode, no entanto, ressaltar que você manifestou o significado do seu desejo seriamente e com consciência)

Caso a “oitiva” de meus parentes ou outras pessoas de confiança nos termos do § 1901 b alínea 2 do Código Civil Alemão seja necessária, às seguintes pessoas – até aonde seja possível sem considerável demora – será dada oportunidade para manifestação:

Nome:

Data do nascimento:

Endereço:

Local de moradia:

As seguintes pessoas não deverão ser trazidas para avaliação

Nome:

Data do nascimento:

Endereço

Local de moradia:

p. 34

Explicação sobre o formulário Diretiva Antecipada de Vontade

Gerais:

Medidas médicas necessitam sempre do consentimento do paciente. Isso vale também para decisões médicas no final da vida. Muitas pessoas negam/rejeitam um prolongamento da vida “a todo preço”. Para ter certeza que esses desejos em caso de emergência sejam atendidos, recomenda-se a elaboração de uma DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE. Nesta relação é determinado individualmente em quais situações concretas de doença é desejado que nenhuma medida para prolongamento da vida seja tomada. É vantajoso conversar com um médico antecipadamente e juntar a ela uma procuração preventiva.

Em situações, nas quais o processo de morte ainda não começou e o momento da morte ainda não é previsível, a suspensão de um tratamento médico é permitida de acordo com a jurisprudência e o direito médico.

Condição indispensável para isso é, no entanto, uma respectiva manifestação de vontade do sujeito em etapa anterior à doença.

Sobre o número 1:

Ponto 3:

Danos no cérebro: este ponto trata apenas de danos no cérebro com perda da capacidade, de manter o raciocínio, de tomar decisões e de entrar em contato com outras pessoas. Trata-se, neste caso, frequentemente de estados de perda de consciência a longo prazo ou de um quadro de doença semelhante ao estado vegetativo, o qual ocorre com uma queda das funções do cérebro completa ou evolutiva. Estes pacientes são incapazes de pensar conscientemente, de fazer movimentos objetivados e de ter contato com outras pessoas, enquanto importantes funções do corpo como respiração, atividades do intestino ou rins são mantidas, bem como também possivelmente a capacidade para sentimentos.

Pacientes em estado vegetativo ficam de cama, completamente necessitados de cuidados e tem que receber alimentos e líquidos de forma artificial.

Ponto 4:

Processo de decomposição do cérebro: este ponto refere-se a danos no cérebro como resultado de um processo bem avançado de redução do cérebro, como frequentemente em doenças de demências (por exemplo, doença de Alzheimer). No decurso da doença os pacientes são cada vez mais incapazes de manter o raciocínio e se comunicar verbalmente com seu ambiente, enquanto a capacidade para sensações/sentimentos permanece. Em estágio avançado, o próprio doente não reconhece mais parentes próximos, torna-se cada vez mais dependente de cuidados e finalmente não é mais capaz de ingerir alimentos e líquidos de forma natural, apesar da ajuda.

Sobre o número 2:

Redução do tempo de vida: um tratamento paliativo técnico, incluindo a utilização de morfina, via de regra, não surte efeito de reduzir a vida, e sim, o caso é o contrário. Apenas em situações extremas a dose de meios de reduzir a dor e acalmar deve ser tão alta, que o resultado pode ser uma leve redução do tempo de vida. (“ajuda para morrer indireta” autorizada)

Sobre o número 3:

Omissão de medidas para prolongar a vida ou de ganhar vida

Muitas medidas médicas podem tanto aliviar o sofrimento como também prolongar a vida. Isso depende da situação respectiva. Por este motivo não é útil negar em uma Diretiva Antecipada de Vontade medidas especiais, as quais talvez devam ser utilizadas uma vez como meio de alívio. Medidas reanimadoras não são, no entanto, via de regra, paliativas, e, sim, servem para manter a vida de acordo com a natureza.

p. 35

Sobre o número 4:

Matar o sentimento de fome ou sede pertence às medidas de base de toda terapia de alívio. Muitos doentes graves, no entanto, não tem sentimento de fome, isso também vale sem exceção para moribundos e com grande probabilidade para pacientes em estado vegetativo. A fome só pode ser matada quando ela existe. Até aonde pode o estado descrito no item 1 a alimentação artificial ser visto apenas raramente como tratamento realmente paliativo.

O sentimento de sede é nos doentes graves mais longo do que o sentimento de fome. Mas o ato de dar líquidos artificialmente tem apenas influência limitada nisso. O

sentimento de fome pode, através de umedecimento do ar e através de tratamento da artificial da boca, ser muito melhor aliviado. Ao contrário, a ingestão de grandes quantidades de líquidos para moribundos pode até mesmo ser prejudicial, pois elas podem levar a um estado de falta de ar resultante de agrupamento de água no pulmão.

A omissão das medidas mencionadas sob os números 3 e 4 como sendo de manutenção da vida é caracterizada como “ajuda para a morte passiva” (permitida legalmente). A ajuda ativa para a morte (eutanásia) é por outro lado punível e não é defendível nem por médicos, nem sob o ponto de vista ético.

p. 36

Instrução para Complemento no caso de Doença Grave

Havendo já uma doença grave, é necessária uma Diretiva Antecipada de Vontade adaptada a isto.

Esta pode apenas ser feita em estreita participação do médico assistente.

O texto reproduzido deverá informar-lhe sobre a possibilidade de uma Diretiva Antecipada de Vontade combinada sobre um determinado desenvolvimento de uma doença.

Adaptação de uma DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE para o caso de doença grave

Princípios

1. O médico fundamentalmente não tem permissão em hipótese alguma para tomar qualquer medida sem o seu consentimento expresso. Caso contrário, ele comete – também com a intenção de salvar a vida - uma lesão corporal. O esclarecimento médico é essencial, para que você possa realmente avaliar sua decisão. Você tem o direito a um esclarecimento minucioso e a consultar seus documentos.

2. A Diretiva Antecipada de Vontade deve ser limitada à concreta situação da doença. A discussão séria com a situação de vida e doença é tão importante quanto uma possível indicação com desejos de tratamento etc. ou respectivamente outros desejos. Você deverá, como paciente, ser esclarecido sobre possíveis complicações e baseado nisso expressar seu desejo de tratamento. Isso não pode acontecer sem seu médico assistente ou outra pessoa de contato competente, por exemplo, um especialista em cuidados paliativos. Essas pessoas de contato devem ser chamadas na Diretiva.

Procedimento sensato

1. Procure, de acordo com seu próprio estado mental, uma conversa aberta com o médico assistente sobre sua situação da doença. Deixe-se ser precisamente esclarecido sobre sua doença. Dê uma olhada em seus documentos relacionados à doença. Uma conversa dessas é condição irrenunciável para a elaboração de sua Diretiva Antecipada de Vontade e não pode ser substituída pelo preenchimento destes formulários.

2. Debata em silêncio seus próprios sentimentos e conhecimentos. A conversa com pessoas de confiança pode ser muito útil.

3. Escreva seus próprios desejos, até aonde eles lhe sejam claros. Quando você não tiver ficado tão esclarecido, as decisões devem ficar em aberto. Mantenha a conversa com seu médico.

4. Todos os participantes deverão ser informados sobre os medicamentos de emergência já utilizados. Uma lista com todas as pessoas de contato com número de telefone e eventualmente horário de acessibilidade deve ser visível e acessível para todos.

p. 37

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE NO CASO DE DOENÇA GRAVE –
PÁGINA 1

**Complemento à DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE
NO CASO DE DOENÇA GRAVE**

1. Dados Pessoais

(Nome)

(Data de nascimento)

(Endereço)

2. História da doença e Diagnóstico¹

[linhas em branco a serem preenchidas]

3. O que é importante para mim agora²

Eu sei que minha doença não pode mais ser curada. Caso eu não esteja mais na posição de tomar decisões sobre o meu tratamento, então eu desejo expressamente:

[linhas em branco a serem preenchidas]

p. 38

DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE NO CASO DE DOENÇA GRAVE –
PÁGINA 2

Além disso, para mim é especialmente importante:

Medidas de diagnose ou uma hospitalização apenas devem ocorrer quando elas servem para um melhor alívio dos desconfortos e não podem ser conduzidas de forma ambulatorial.

Meu desejo é permanecer em casa. Quando isso não for possível, eu gostaria, de acordo com a possibilidade, de ser levado ao hospital/local de cuidados, hospital dia:

(Nome, endereço)

¹ Deve ser preenchido pelo médico assistente.

² Reflexões fundamentais (internação em hospital, morrer em casa, valores pessoais na situação etc.).

 (Telefone)

Eu desejo a presença da minha Igreja/comunidade de crença

 (Endereço/telefone)

Eu desejo o apoio por meio de um *hospice* ou serviço de cuidados paliativo

4. Medicação momentânea

A medicação, indicação e dose atuais dos medicamentos de emergência de prontidão devem estar anotadas em uma folha à parte.

Modificada pela última vez em:

 (nome e endereço do médico assistente/do especialista em cuidados paliativos)

p. 39

 DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE NO CASO DE DOENÇA GRAVE –
 PÁGINA 3

5. Plano de emergência³

Possível complicação	Tratamento desejado pelo paciente
----------------------	-----------------------------------

 (nome e endereço do médico assistente / do especialista em cuidados paliativos)

 (Telefone)

 (assinatura do médico assistente / do especialista em cuidados paliativos)

Local/Data:

 (assinatura do paciente)

p. 40

 DIRETIVA ANTECIPADA DE VONTADE NO CASO DE DOENÇA GRAVE –
 PÁGINA 4

Medicação Atual

Medicamento	Hora	Finalidade

 (modificado pela última vez em)

 (nome e endereço do médico assistente / do especialista em cuidados paliativos) (Telefone)

 (assinatura do médico assistente / do especialista em cuidados paliativos)

³ Deve ser preenchido juntamente com o médico assistente ou com o especialista em cuidados paliativos.

Protokoll der Mitgliederversammlung 2012

Sonntag, den 11. November 2012, 10:00 Uhr, im Hotel Amalienhof, Amalienstraße 2, 99423, Weimar

Anwesend:

Für den Vorstand

Dr. Jan Curschmann (Vorsitzender)

Irene Haagen

Parvis Papoli-Barawati

Andreas Sanden

Sowie

23 weitere Mitglieder der Vereinigung

Protokollführer: Ivens Henrique Hübert

TOP 1: Tätigkeitsbericht des Vorstands

Herr Dr. Curschmann begrüßte die Anwesenden und berichtete über die Tätigkeit des Vorstands während der vergangenen zwei Jahre seit der letzten Mitgliederversammlung, die im November 2010 in Zürich stattgefunden hatte. Er informierte über die Treffen des Vorstands jeweils am Anfang des Jahres, in denen insbesondere die Jahrestagungen vorbereitet wurden. 2011 trafen sich die Vorstandsmitglieder im Taunus und bereiteten bei der Gelegenheit die Tagung in Santos, Brasilien, vor. Herr Curschmann schilderte sodann den sehr erfolgreichen Ablauf dieser Tagung, die maßgeblich von Dr. Sérgio Sérvulo da Cunha vor Ort organisiert wurde und in der UniSantos stattfand. Die Konrad-Adenauer-Stiftung unterstützte erneut die Tagung der DBJV in Brasilien, insbesondere durch die Finanzierung der Simultanübersetzung und weitere organisatorische und finanzielle Hilfsleistungen.

Des Weiteren berichtete Herr Curschmann von dem darauffolgenden Treffen des Vorstands zwecks Tagung in Weimar. Ferner informierte er auch über die weiteren Tätigkeiten der Vereinigung, namentlich die Herausgabe der Schriftenreihe, in der unter der Leitung von Prof. Dr. Wolf Paul inzwischen 43 Bände erschienen sind. Auch die Mitteilungen der DBJV erschienen in den letzten Jahren regelmäßig zweimal pro Jahr.

TOP 2: Finanzbericht über die Geschäftsjahre 2010 und 2011

Frau Irene Haagen berichtete als Schatzmeisterin ausführlich über die Einnahmen und Ausgaben während der letzten Periode. Sie schilderte den derzeitigen Kontostand und berichtete, dass aufgrund der letzten

Aufwände die Vereinsrücklagen abgeschmolzen seien. Dennoch befinde sich die DBJV weiterhin in einer robusten finanziellen Lage, die ihr beispielsweise ermögliche, die Schriftenreihe und die Mitteilungen weiterhin zu finanzieren. Die in anderen Jahren für den Ausgleich der Kasse notwendigen Spendenleistungen waren deshalb in den letzten Jahren nicht mehr notwendig gewesen. Auf die Frage von Herrn Dr. Peter Schindler berichtete Frau Haagen über den Lastschrifteinzug, der teilweise manuell gemacht werden müsse. Des Weiteren erklärte sie, dass besonders die Beiträge von brasilianischen Mitgliedern aufgrund der Probleme mit der internationalen Kreditkartenzahlung nicht immer leicht zu kassieren seien, und dass Mahnaktionen sich als erforderlich erwiesen.

Dr. Curschmann sprach in diesem Zusammenhang das Problem des Dolmetschens bei den Tagungen an und dessen finanzielle Möglichkeiten und Grenzen. Er sei der Meinung, das Thema sei deshalb diskussionswürdig, weil einerseits sehr wenige Teilnehmer bei den Tagungen in Brasilien von der Möglichkeit der Simultanübersetzung Gebrauch gemacht hätten, andererseits es immerhin für einige Teilnehmer, und ganz besonders für die anwesenden Referenten, unerlässlich sei, dass die Möglichkeit der Übersetzung bestehe. Das Thema löste eine längere Diskussion aus, die um das Dilemma „Kostenaufwand-Notwendigkeit“ kreiste. Die Herren Dr. Hans-Joachim Henckel und Parvis Papoli-Barawati positionierten sich entschieden für die Notwendigkeit einer Maßnahme, die den eingeladenen Referenten und sonstigen Mitgliedern, die nicht über fließende deutsche bzw. brasilianische Sprachkenntnisse verfügen, die Möglichkeit bietet, den Fachdiskussionen zu folgen. Auch andere Vorschläge wurden gemacht, wie z.B. die Anweisung an die Referenten, langsamer zu sprechen, oder die vorherige Abgabe von Manuskripten zu verlangen zwecks Vorbereitung einer schriftlichen Übersetzung; auch die Änderung der Tagungssprache ins Englische wurde angeregt. Der Vorstand nahm alle diese Hinweise auf und kündigte an, die verschiedenen Möglichkeiten zu prüfen und nach einer finanziell akzeptablen Lösung zu suchen.

TOP 3: Bericht des Buchführers über die Geschäftsjahre 2010 und 2011/ Neuwahl des Buchführers

Axel Weber, Buchprüfer der DBJV, las seinen Bericht vor und erklärte, die Kassenprüfung habe keinerlei Beanstandungen ergeben. Der Satzungszweck werde erfüllt.

Ralf Schmidt und Axel Weber stellten sich erneut zur Wahl auf. Die Wahl erfolgte durch Akklamation. Dabei wurden die Kandidaten mit 23 Ja-Stimmen, 2 Enthaltungen und keiner Gegenstimme wiedergewählt.

TOP 4: Entlastung des Vorstandes für die Jahre 2010 und 2011

Peter Schindler beantragte, den Vorstand für die vergangenen beiden Jahre zu entlasten. Der Vorschlag wurde einstimmig bei vier Enthaltungen angenommen.

TOP 5: Vorstandswahlen

Jan Curschmann erklärte, sich nicht zur Wiederwahl als Vorstandsvorsitzender stellen zu wollen. Seine lang durchdachte Entscheidung sei mit seinem Entschluss verbunden, sich von verschiedenen Tätigkeiten zu lösen und mehr Zeit für sein Privatleben zu haben. Er erzählte von seiner gesamten Tätigkeit in der DBJV seit ihrer Gründung. Im Vorstand sei er seit 1989 gewesen; auch deshalb sei die Zeit reif für einen Wechsel. Jan Curschmann wurde daraufhin mit Dank und langem Applaus verabschiedet.

Anschließend schlugen er und der gesamte Vorstand Dr. Hans-Joachim Henckel zum neuen Vorstandsvorsitzenden vor. Dieser ergriff das Wort und erläuterte die Gründe, warum er die Einladung zur Kandidatur angenommen hatte. Der restliche Vorstand, bestehend aus Irene Haagen, Parvis Papoli-Barawati, Andreas Sanden und Dr. Jan Peter Schmidt, der nicht bei der Sitzung anwesend sein konnte, stellte sich erneut zur Wahl.

Da aus dem Kreise der Mitglieder keine weiteren Namensvorschläge gemacht wurden, übernahm Herr Frings die Wahlleitung. Er stellte die ordnungsgemäße Ladung zur Mitgliederversammlung und die Stimmberechtigung der anwesenden Mitglieder fest. Die in geheimer Abstimmung durchgeführte Wahl führte zu folgenden Ergebnissen: Hans-Joachim Henckel wurde mit 27 Ja-Stimmen, 0 Enthaltungen und 0 Gegenstimmen zum Vorstandsvorsitzenden gewählt; Irene Haagen wurde mit 26 Ja-Stimmen und 1 Enthaltung als Schatzmeisterin wiedergewählt; Parvis Papoli-Barawati wurde mit 25 Ja-Stimmen und 1 Enthaltung zum Sekretär wiedergewählt; Andreas Sanden und Dr. Jan Peter Schmidt wurden mit 25 Ja-Stimmen, keiner Enthaltung und keiner Gegenstimme als weitere Vorstandsmitglieder wiedergewählt. Die Wahl wurde von allen gewählten Vorstandsmitgliedern angenommen. Bei Dr. Jan Peter Schmidt geschah die Annahme durch Vollmacht.

Zuletzt sprach Peter Schindler dem gesamten Vorstand und insbesondere dem ausgetretenen Vorstandsvorsitzenden Dr. Jan Curschmann einen Dank für die getane Arbeit aus.

TOP 6: Tagung 2013

Der Vorstand bat die Mitglieder um Themenvorschläge für die nächste Tagung im November 2013. Dr. Jan Curschmann schlug vor, das derzeitige Mensalão-Verfahren in Brasilien als Anlass für eine Diskussion über

Lobbyismus, Kontrolle und Politik zu nehmen. Weitere vorgeschlagene Themen waren insbesondere die Planung und Umsetzung von Infrastruktur- und anderen Großprojekten, hauptsächlich im Bereich Energie, und die damit verbundene Problematik der Ausschreibungsverfahren (*Licitaciones*).

Als Tagungsorte wurden mehrere Städte in Deutschland vorgeschlagen, u.a. Chemnitz, Trier, Nürnberg, Bremen, Hamburg, Berlin und Hannover. Auch für die nächste Tagung in Brasilien im Jahre 2015 wurden bereits Belo Horizonte und Porto Alegre empfohlen.

Der Vorstand erklärte, er werde eine Entscheidung zu Tagungsort und -thema zeitnah treffen und mitteilen.

TOP 7: Verschiedenes

Weitere Themen wurden weder vom Vorstand noch von den anwesenden Mitgliedern genannt.

Die Mitgliederversammlung endete gegen 11:50.

Kurzmitteilungen

Ehrung für Wolf Paul

Prof. Prof. h.c. Dr. Wolf Paul, langjähriges Vorstandsmitglied und Herausgeber der DBJV-Schriftenreihe, konnte seinen zahlreichen akademischen Ehren eine weitere hinzufügen: Im März 2013 wurde er zum Korrespondierenden Mitglied der spanischen *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* zu Madrid ernannt. Wir gratulieren!

DBJV-Schriftenreihe

In der seit 1985 erscheinenden Schriftenreihe ist zuletzt als Band 44 erschienen:

- Martin Wiebecke (Hrsg.), Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation in Brasilien und Deutschland (Beiträge zur XXIX. Jahrestagung der DBJV in Zürich), Aachen 2013.
- Sérgio Sérvulo da Cunha, Wolf Paul (Hrsg.), Bürgerprotest und Autonomie der Justiz in Deutschland und Brasilien (Beiträge zur XXX. Jahrestagung in Santos), Aachen 2013.

Die Bände der Schriftenreihe sind im Buchhandel erhältlich oder können online beim Shaker Verlag bestellt werden (www.shaker.de). Ebenso ist ein Download im PDF-Format möglich. Alle Mitglieder und Freunde der DBJV sind herzlich zum Kauf eingeladen.

Nähere Informationen zur Bestellung entnehmen Sie bitte dem Internetauftritt der Vereinigung unter www.dbjv.de.

Bundeskanzlerstipendium der Alexander von Humboldt-Stiftung

Die Alexander von Humboldt-Stiftung bietet angehenden Führungskräften u.a. aus Brasilien die Chance, in Deutschland ein Projekt als Gast bei einem selbst gewählten Partner zu realisieren. Nähere Informationen unter www.humboldt-foundation.de/pls/web/docs/F1557/buka_kurzinformation.pdf.

Neuer Blog zum deutschen und brasilianischen Recht

Unter der Adresse <http://direitoalemao.com/> findet sich ein neuer Blog von Leonardo Ohlrogge, auf dem es Nachrichten und kurze Artikel zum deutschen und brasilianischen Wirtschaftsrecht gibt, ferner ein deutsch-portugiesisches Rechtswörterbuch.

Ratifikation des UN-Kaufrechts

Brasilien hat am 4. März 2013 die Ratifikationsurkunde über den Beitritt zum UN-Kaufrecht bei den Vereinten Nationen hinterlegt und ist damit nun offiziell der 79. Vertragsstaat. Gemäß Art. 99 Abs. 2 des Abkommens wird es für Brasilien am 1. April 2014 in Kraft treten.

Trabalhadoras Domésticas

In März hat der brasilianische Kongress die sogenannte „EC das Domésticas“ verabschiedet. Diese Verfassungsänderung stellt die Rechte der Angestellten in privaten Haushalten (sog. *empregados domésticos*) den Rechten aller anderen Arbeitnehmer gleich. Durch die EC (*Emenda Constitucional 72/2013*) verfügen Hausangestellte von nun an über Rechte u.a. auf Arbeitslosenversicherung, Arbeitszeiten von höchstens 44 Wochen- und 8 Tagesstunden, Bezahlung von Überstunden i.H.v. mindestens 50% über dem normalen Stundenlohn, Besoldungszuschlag wegen Nacharbeit sowie auf ein dem brasilianischen Mindestlohn entsprechendes Mindestgehalt. Experten rechnen infolge der Reform mit einer Steigerung der Lohnkosten für Arbeitsgeber von mindestens 8% bis zu 50%.

Mensalão

Im April wurde die Entscheidung im Mensalão-Verfahren (*Ação Penal 470*) veröffentlicht, dem größten gerichtlich verhandelten Korruptionsskandal in der Geschichte Brasiliens, mit insgesamt 37 Angeklagten, darunter etliche bekannte Politiker und ehemalige Mitglieder der Bundesregierung. Die Entscheidung enthält die Voten von allen 11 Richtern des STF (*Supremo Tribunal Federal*) und umfasst insgesamt 8405 Seiten. Eine 14-seitige Zusammenfassung der Entscheidung wurde zeitgleich veröffentlicht. Damit begann auch die 10-tägige Frist für Beschwerden (*Embargos de Declaração*) der Angeklagten zu laufen. Die Mehrheit der insgesamt 25 Verurteilten hat von diesem Recht Gebrauch gemacht.

Anencefalia

Fast ein Jahr nach der entsprechenden Tagung des STF wurde am 30.4.2013 die Entscheidung über die ADPF (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*) bezüglich der Unterbrechung der Schwangerschaft bei Anenzephalie veröffentlicht. Das oberste brasilianische Gericht hat die Schwangerschaftsunterbrechung in diesem Fall für zulässig erklärt, indem es die betreffende Handlung aus dem Tatbestand der Art. 124 und 126 Código Penal herausgenommen hat.

Casamento Gay

Der Nationale Justizrat (*Conselho Nacional da Justiça* – CNJ) hat durch *Resolução* 176 vom 14.5.2013 die brasilianischen Standesämter angewiesen, Anträgen auf Umwandlung einer gleichgeschlechtlichen stabilen Lebenspartnerschaft (*união estável*) in eine Ehe oder auf direkte Eheschließung zwischen Personen gleichen Geschlechts stattzugeben. Hintergrund ist die Entscheidung des STF aus dem Jahr 2011, in dem er die Gleichstellung der homosexuellen mit der der heterosexuellen Lebenspartnerschaft erklärt hatte (dazu *R. Curzel* in: DBJV-Mitteilungen 1/2011, 29 ff.). Die genaue Reichweite der Entscheidung war allerdings unklar, weshalb die nun ergangene *Resolução* 176 die Praxis der Standesämter vereinheitlichen soll. Gegen sie ist allerdings bereits ein Rechtsmittel vor dem STF eingelegt worden, mit dem eine Kompetenzüberschreitung des CNJ geltend gemacht wird.

Kurz vor der Entscheidung des CNJ hatte noch die siebte Zivilkammer des Tribunal de Justiça in Rio de Janeiro einen Antrag auf Umwandlung einer *união estável* zwischen zwei Männern in eine Ehe zurückgewiesen, mit dem Argument, dass homosexuelle Ehen im brasilianischen Recht bislang nicht vorgesehen seien. Die Entscheidung erfolgte überraschenderweise weniger als ein Monat nachdem etliche staatliche Justizaufsichtsbehörden, darunter auch die des Staates Rio de Janeiro, Normen erlassen hatten, um die Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe zu regeln.

Desapontadoria

Im Rahmen des *Recurso Especial* 1.334.488 hat der STJ (*Superior Tribunal de Justiça*) im Mai 2013 entschieden, dass Rentner, die weiterhin eine Arbeitstätigkeit ausüben, auf ihre Rentenansprüche im Zeitpunkt der späteren Aufgabe der Arbeitstätigkeit verzichten dürfen, um somit eine vorteilhaftere Rente zu beziehen, ohne dass sie deswegen zur Rückgabe der zuvor erhaltenen Zahlungen verpflichtet sind.

Dorothy Stang

Die zweite Kammer des STF hat im Mai 2013 die Verurteilung des mutmaßlichen Mörders der amerikanischen Missionarin Dorothy Stang wegen „Einschränkung des Verteidigungsrechts“ annulliert. Der Prozess, in dem der Angeklagte Vitalmiro Bastos de Moura in erster Instanz durch das Schwurgericht (*Tribunal do Juri*) zu 30 Jahren Haft verurteilt worden war, gilt als eines der wichtigsten Verfahren in der Geschichte des brasilianischen Strafrechts und wird mit großer Aufmerksamkeit von etlichen internationalen Menschenrechtsorganisationen verfolgt. Dorothy Stang, ermordet im Jahre 2005 in Anapu, Pará, war eine katholische Ordens-

schwester und Umweltaktivistin US-amerikanischer Herkunft, die sich im Norden Brasiliens stark gegen die Abholzung der Regenwälder und für die Rechte der Landlosen einsetzte. Trotz der Aufhebung des Urteils entschieden sich die Richter für die Aufrechterhaltung des vorbeugenden Arrests, bis das Verfahren wiederholt wird.

Sportveranstaltungen

Die Vorbereitung der Fußballweltmeisterschaft im Jahr 2014 bewegt zunehmend die brasilianische Rechtsdiskussion. Bereits im Juli 2012 hat der brasilianische Kongress die sogenannte *Lei Geral da Copa* (Lei 12.663/2012) verabschiedet, die u.a. Straftaten im Rahmen der Markenrechte und Regeln zum allgemeinen Handel von Produkten in der Umgebung der Fußballstadien regelt. Dabei werden auch Ausschlusszonen in einem Radius von zwei Kilometern um die Stadien festgelegt, innerhalb derer ausschließlich Partner und Sponsoren des Weltfußballverbandes FIFA ihre Dienste anbieten und Waren verkaufen dürfen. Viele dieser Regeln, die dem Pflichtenheft der FIFA Rechnung tragen, dem sich die brasilianische Regierung unterwerfen musste, werden zurzeit vor brasilianischen Gerichten angefochten.

Grund für etliche Rechtsklagen ist auch das *Regime Diferenciado de Licitação*, ein im Jahr 2011 eingeführtes vereinfachtes Ausschreibungsverfahren, das insbesondere für die großen Bauprojekte und öffentlichen Verträge bezüglich der großen Sportveranstaltungen (Confederations Cup 2013, Fußballweltmeisterschaft 2014 und Olympische Spiele 2016) ins Leben gerufen wurde, aber mittlerweile auch für andere Bauprojekte der brasilianischen Regierung Anwendung findet.

Lei dos Portos

Ebenfalls im Mai 2013 wurde die sogenannte „MP dos Portos“ (*Medida Provisória 595*) vom Kongress diskutiert und in ein Gesetz umgewandelt. Damit wird eine neue Regulierung für die brasilianischen Häfen geschaffen, die bei öffentlichen Häfen, die privaten Betreibern überlassen wurden, Erleichterungen bei der Einstellung von Arbeitnehmern bestimmter Kategorien vorsieht, daneben neue Regeln bezüglich der Erneuerung der Konzessionsverträge. Privathäfen verfügen dagegen nunmehr über größere Freiheiten bezüglich der Beförderung unterschiedlicher Frachtgüter. Außerdem zentralisiert der Bund Kompetenzen zur Vergabe von Konzessionen und Verpachtungen von Anlagen, die zuvor den Staaten zugeordnet waren. Mit diesen Maßnahmen erhofft sich die Regierung, die Infrastruktur der brasilianischen Häfen zu modernisieren und diese wettbewerbsfähiger für den Welthandel und Tourismus machen. Die erforderliche Sanktion durch die Staatspräsidentin steht noch aus.