

Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien: Betrachtungen zur Verfassung von 1988

1. Einführung

Die Verfassungsgeschichte Brasiliens hat sich bis vor kurzem durch institutioneller Labilität ausgezeichnet. Es ist jedoch anzuerkennen, dass das Land unter der kaiserlichen Verfassung von 1824 eine relative politische Stabilität erlebte. Die republikanischen historischen Ereignisse waren aber Schwankungen ausgesetzt. Von 1891 bis 1988 hat Brasilien sechs Verfassungen erhalten. Präsident Vargas herrschte als Diktator von 1937 bis 1945. Der Militärputsch von 1964 beendete den institutionellen Verfassungszyklus von 1946. Zwar wurden die grundlegenden Einrichtungen beibehalten, insbesondere das Parlament und die Judikative, doch die dem Präsidenten der Republik zuerkannte besondere Regierungsgewalt, die indirekten Wahlen zum Präsidenten und zum Amt der Gouverneure der Bundesstaaten haben zur Verlängerung dieses Ausnahmeregimes bis 1985 geführt.

Seit Ausrufung der Republik ist die Judikative ein bedeutender Protagonist im institutionellen Leben des Landes - trotz aller institutionellen Schwierigkeiten.

Die Verfassung von 1891 etablierte in Brasilien ein von der amerikanischen Lehre des „judicial review“ weitgehend beeinflusstes und seit dieser Zeit ständigen Entwicklungen ausgesetztes, gerichtliches Kontrollmodell zur Verfassungsgerichtsbarkeit mit inzidentem Profil: Man übernahm die Gerichtskontrolle zwecks föderativer Intervention (Verfassungen von 1934 und 1946), die abstrakte Normenkontrolle auf Initiative des Bundesgeneralstaatsanwalts (Verfassungsnovelle Nr. 16/1965 und Verfassung von 1967/69) und übte unter der Verfassung von 1988 eine umfassende abstrakte Normenkontrolle aus.

2. Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien

2. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Verfassung von 1988

2.1 Einleitende Betrachtungen

Nach intensiver Diskussion in der verfassunggebenden Versammlung, die von 1986 bis zum 5. Oktober 1988 tagte, wurde die neue Verfassung am 5. Oktober 1988 verkündet. Sie enthält in ihrem permanenten Teil 250 und in den einstweiligen Verfügungen 94 Artikel. Der äußerst detaillierte Text führte nach und nach zu einer Reihe von Verfassungsnovellen. Während des 1993/94 durchgeführten Sonderrevisionsverfahrens wurden sechs Änderungen vorgenommen. Bis zum laufenden Jahr ist die Verfassung insgesamt sechsundfünfzig Mal geändert worden.

Die Verfassung von 1988 hat der Judikative eine bis dahin von keiner anderen Verfassung gekannte Rolle übertragen. Verfassungsgeschichtlich einmalig ist in Brasilien, aber auch im internationalen Vergleich die institutionelle Autonomie. Der

Verfassungsgeber hat sich bemüht, die verwaltungsmäßige und finanzielle Selbständigkeit der Judikative zu gewährleisten. Die Funktionsautonomie der Richter wurde ebenfalls sichergestellt¹.

Im Licht der Verfassung von 1988 wurde mit der Schaffung der direkten Verfassungswidrigkeitsklage von Gesetzen oder normativen Akte auf bundesstaatlicher oder Bundesebene (Verfassung, Art. 102, I, „a“, i.V.m. Art. 3) die große Veränderung sichtbar, die im Bereich der *abstrakten Normenkontrolle* eintreten würde.

Konzipiert wurden neue richterliche Schutzgarantien der objektiven Verfassungsordnung und des Systems subjektiver Rechte, wie beispielsweise die direkte Klage auf Verfassungswidrigkeit, die Klage auf Feststellung der Verfassungsmäßigkeit, die direkte Unterlassungsklage bei Verfassungswidrigkeit, das „injunção“-Verfahren, das Habeas-Data-Verfahren und die kollektive Sicherheitsverfügung (das sogenannte kollektive „Mandado de Segurança“-Verfahren). Die öffentliche Zivilklage erhielt eine verfassungsmäßige Dimension. Das schützende Umfeld der Popularklage wurde erweitert.

Gemäß Art. 103 der Verfassung von 1988 sind der Präsident der Republik, das Präsidium des Senats, das Präsidium der Abgeordnetenkammer, das Präsidium eines bundesstaatlichen Parlaments, der Gouverneur eines Bundesstaates, der Bundesgeneralstaatsanwalt, der Bundesrat der brasilianischen Anwaltskammer, eine im Nationalkongress vertretene politische Partei, die Gewerkschaftsverbände oder die im nationalen Rahmen wirkenden Berufsverbände zur Einleitung einer Verfassungswidrigkeitsklage ermächtigt.

Die brasilianische Rechtsordnung verfügt über kein einziges Instrument zum Schutz öffentlicher subjektiver Rechte². Die Verfassung sieht im Habeas Corpus-Verfahren ein prozessuales Instrument, das angewandt wird, um das Individuum gegen die von der Öffentlichen Gewalt verübten Willkürakte zu schützen, die Einschränkungen der Bewegungsfreiheit zur Folge haben (Verfassung, Art. 5, LXVIII). Neben dem Habeas Corpus verfügt die brasilianische Rechtsordnung seit 1934 über das „mandado de segurança“, das heutzutage ein spezifisches Rechtsmittel zur Absicherung des vom *Habeas Data* oder *Habeas Corpus* nicht geschützten unanfechtbaren Rechts darstellt (Verfassung, Art. 5, LXIX, a)³. Diese Sicherheitsverfügung kann auch von einer im Nationalkongress vertretenen politischen Partei, von einer Gewerkschaftsorganisation, einem Berufsverband oder einer Körperschaft beantragt werden, wenn diese mindestens ein Jahr lang tätig sind und für die Interessen ihrer Mitglieder eintreten (sog. kollektives „Mandado de Segurança“).

¹ In Bezug auf das Dilemma der Judikativen Gewalt vgl. ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a Justiça e a Política* (Judikative: Zwischen der Justiz und der Politik). In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema Político Brasileiro: uma introdução* (Brasilianisches politisches System: eine Einführung). Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung. São Paulo: Fundação Uneswp Editora. 2004.

² Eine einzige Ausnahme kann in Mexiko festgestellt werden, wo durch das „Amparo“-Verfahren, das den Anschein einer Einheit vermittelt, die Entwicklung verschiedener Institute erlaubt war (vgl. hierzu FIX-ZAMUDIO, Héctor. Das Problem der Verfassungskontrolle. JöR Nr. 25, 1976, S. 649 (663)).

³ Vgl. hierzu FIX-ZAMUDIO, Héctor. Das Problem der Verfassungskontrolle. JöR Nr. 25, 1976, S. 652 (672), und Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika. In: HORN, Hans-Rudolf & WEBER; Albrecht: Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal. Baden-Baden, 1989, S. 129 (159).

Neben dem *Habeas Data*, das auf die Zusicherung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ausgerichtet ist ⁴ (Art.5, LXXII), hat die Verfassung von 1988 das sogenannte „mandado de injunção“ vorgesehen, einen besonderen Rechtsbehelf, der bei Unterlassungen des normsetzenden Organs angewandt werden kann, wenn diese Unterlassung die Ausübung eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts unterbindet (Verfassung, Art. 5, LXXI).

Der Verfassungsgeber hat der sogenannten „Unterlassung durch den Gesetzgeber“ besondere Aufmerksamkeit gewidmet.

Außer dem im Art. 5, LXXI, in Verbindung mit Art. 102, I, *q* vorgesehenen „mandado de injunção“ zum Schutz subjektiver Rechte, die durch legislative oder administrative Unterlassung beeinträchtigt werden, hat die Verfassung in Art. 103, § 2 die abstrakte Unterlassungsfeststellungsklage eingeführt. Wie bei der abstrakten Normenkontrolle kann auch die abstrakte Klage auf Feststellung einer Unterlassung durch den Präsidenten der Republik, das Präsidium der Abgeordnetenversammlung und des Senats, das Präsidium eines bundesstaatlichen Parlaments, den Gouverneur eines Bundesstaates, den Bundesgeneralstaatsanwalt, den Bundesrat der Anwaltskammer, eine im Nationalkongress vertretene politische Partei, einen gewerkschaftlichen Dachverband oder einen landesweit tätigen Berufsverband erhoben werden⁵.

Mit der Verfassung von 1988 wurde der Oberste Bundesgerichtshof als Spitzenorgan der Judikative beibehalten.

Der Oberste Gerichtshof besteht aus 11 Richtern, die den Titel Minister führen und vom Präsidenten der Republik unter den Bürgern des Landes ausgewählt werden. Bis zur Amtsübernahme müssen sie das fünfunddreißigste Lebensjahr überschritten haben und jünger als fünfundsechzig Jahre alt sein, über ein herausragendes juristisches Wissen verfügen und einen unbescholtenen Ruf haben. Hat der Senat mit absoluter Mehrheit ihrer Wahl zugestimmt, werden sie vom Präsidenten der Republik ernannt (Verfassung, Art. 101).

Zwar gilt das Richteramt am Obersten Gerichtshof auf Lebenszeit, doch auch hier, wie für alle Angestellten des öffentlichen Dienstes, ist die Pensionierung im Einklang mit Art.40, §1, II der Verfassung bei Vollendung des 70. Lebensjahres obligatorisch.

Wie alle übrigen Organe der rechtsprechenden Gewalt, so muss auch der Oberste Gerichtshof bei seinen Entscheidungen das Prinzip der Öffentlichkeit beachten;

⁴ Obwohl nicht klar formuliert, dient das Habeas Data-Verfahren mit Sicherheit dazu, den autonomen Aspekt des Personenrechts zu schützen, das jedes Individuum ermächtigt zu entscheiden, wann und in welchem Umfang Informationen persönlicher Art von Dritten geliefert oder benutzt werden können (vgl. diesbezüglich im deutschen Recht PIEROTH; Bodo & SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 11.Aufl.Heidelberg, 1995, S.97)

⁵ Diese Verfügung wurde nach dem Modell des Art. 283 der portugiesischen Verfassung entwickelt. „Auf Ersuchen des Präsidenten der Republik oder des Repräsentanten der Justiz oder der Präsidenten der Landtage, die sich darauf beziehen, dass die Rechte der autonomen Regionen verletzt wurden, beurteilt und überprüft das Verfassungsgericht die Nichteinhaltung der Verfassung durch Unterlassung der legislativen Maßnahmen, die zur Ausführung der Verfassungsnormen notwendig sind.“

.....
(2) Wenn das Verfassungsgericht feststellt, dass durch Unterlassung eine Verfassungswidrigkeit besteht, wird sie dem zuständigen legislativen Organ Mitteilung davon machen.

ausgeschlossen sind die Fälle, für die das Gesetz gemäß Art. 93, IX der Bundesverfassung ein Geheimverfahren statuiert.

Dies bedeutet, dass die Meinungsäußerungen der Parteien und die zum Urteil führenden Schlussfolgerungen der Öffentlichkeit zugänglich sind, desgleichen auch die Darlegung der Gründe eines jeden Richters sowie die vor jeder Entscheidung erfolgten Debatten.

Besonders hervorzuheben ist in diesem Sinne die Gründung eines Justizsenders im brasilianischen Hörfunk und Fernsehen. Die zu Urteilen und Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs führenden Sitzungen werden direkt übertragen. Außerdem verfügt die Judikative über das an allen Werktagen ausgestrahlte Hörfunkprogramm „Stimme Brasiliens“ (*Voz do Brasil*), das landesweit über die wichtigsten Entscheidungen informiert.

Der neue Verfassungstext hat zwar aus dem Kompetenzbereich des Obersten Gerichtshofes die Beurteilung der Berufungen gegen die Verletzung einfacher Bundesgesetze entfernt, aber die allgemeinen Kompetenzen des Gerichts haben ohne Zweifel beträchtlich zugenommen.

Die Diskussion in der Verfassunggebenden Versammlung über die Einrichtung eines Verfassungsgerichts, das sich hauptsächlich mit der Kontrolle der Verfassungsgemäßheit befassen müsste⁶, hat schließlich dazu geführt, dass der Oberste Gerichtshof nicht nur seine traditionelle Kompetenz mit einigen Einschränkungen behielt, sondern auch neue und wichtige Befugnisse erhielt. Dass die neue Verfassung die erstinstanzliche Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofes deutlich erweitert hat, zeigt sich besonders an der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und normativen Akten sowie an der Kontrolle der verfassungswidrigen Unterlassung.

Im allgemeinen obliegt dem Obersten Gerichtshof in erster Linie die Entscheidung über

- a) die direkte Klage auf Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines normativen Aktes auf Bundes- oder Bundesstaatsebene und die Klage auf Feststellung der Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes oder normativen Aktes des Bundes, die direkte Klage der Verfassungswidrigkeit durch Unterlassung sowie die Klage wegen Nichtbefolgung einer Fundamentalvorschrift;
- b) die Klage auf Intervention in den Bundesstaaten bei Fällen der Missachtung jener Prinzipien, die in Art. 34, VII detailliert sind und die sog. sensiblen Prinzipien betreffen, sowie die Klage, mit der die Ausführung des Bundesgesetzes gewährleistet wird – Bundesverfassung, Art. 34, VI, und 36, III;
- c) den Präsidenten der Republik, den Vizepräsidenten, die Mitglieder des Nationalkongresses, die Minister des Obersten Gerichtshofes selbst, den Bundesgeneralstaatsanwalt, wenn sie gewöhnliche Straftaten begangen haben;

⁶ CORRÊA, Oscar Dias. *O 160º aniversário do STF e o novo texto constitucional* (Die 160. Wiederkehr des Bestehens des Obersten Gerichtshofes und der neue Verfassungstext). In: *Archivos do Ministério da Justiça* (Archive des Justizministeriums Nr. 173), 1988, S. 67 (70).

die Minister der Bundesstaaten und die Kommandanten der Marine, des Heers und der Luftwaffe, wenn sie gewöhnliche Straftaten und politischen Verbrechen bzw. Verstößen gegen verwaltungsrechtliche Vorschriften [*crimes de responsabilidade*] begehen, wobei die in Art. 52, I der Verfassung festgelegte Bestimmung zu beachten ist; die Mitglieder der Oberen Gerichtshöfe, die Mitglieder des Bundesrechnungshofes und die Leiter der ständigen diplomatischen Vertretungen;

- d) das *Habeas Corpus*-Verfahren, wenn der Mittäter oder der Angeklagte ein Oberes Gericht oder eine Autorität oder ein Beamter ist, dessen Handlungen der Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes direkt unterstellt sind, oder wenn es um ein Delikt geht, für das die gleiche Gerichtsbarkeit in einer einzigen Instanz zuständig ist⁷.
- e) das „mandado de segurança“-Verfahren und das „Habeas Data“ gegen Akte des Präsidenten der Republik, des Präsidiums der Abgeordnetenversammlung und des Senats⁸, des Bundesrechnungshofes, des Bundesgeneralstaatsanwalts und des Obersten Gerichtshofes selbst, sowie das „mandado de injunção“, wenn die Ausarbeitung der Norm in den Befugnisbereich des Präsidenten der Republik, des Nationalkongresses, der Abgeordnetenversammlung, des Senats, der Präsidien einer der bundesstaatlichen Parlamente, des Bundesrechnungshofes, eines der Oberen Gerichtshöfe oder selbst des Obersten Gerichtshofes fällt;
- f) Streitfragen zwischen einem ausländischen Staat oder einem internationalen Organismus und dem Bund, dem Bundesstaat, dem Bundesdistrikt oder dem sog. Bundesterritorium⁹;

⁷ An dieser Stelle ist es angebracht, das Urteil der Plenarsitzung hervorzuheben, das im HC-QO 76.628, DJ vom 12.6.1998 gefällt wurde. Im Votum des Berichterstatters Moreira Alves liest man: „...die einzige in der Verfassung vorgesehene Hypothese, in der dieser Gerichtshof in einem erstinstanzlichen Prozess das „Habeas Corpus“-Verfahren gegen sich selbst beurteilen kann, befindet sich im Schlussteil des Buchstaben „i“, Abschnitt I des Artikels 102 der Verfassung, d.h. dann, wenn der Oberste Gerichtshof als Mitbeteiligter in einer von ihm getroffenen Entscheidung hinsichtlich eines Deliktes angesehen wird, das zu seiner Jurisdiktion in einer einzigen Instanz gehört“. Zusammengefasst lautet die Entscheidung folgendermaßen: „Da es unbestreitbar ist, dass die Verfassung lediglich dem Prinzip der Hierarchie bezüglich der „Habeas Corpus“-Urteilskompetenz im Falle dieses Gerichtshofes eine Ausnahme beimeist und auch nur dann, „wenn es um ein Verbrechen geht, das zu der gleichen Jurisdiktion in einer einzigen Instanz gehört“, dann bezieht sich diese Ausnahme lediglich auf Vergehen, die der Gegenstand einer erstinstanzlichen, strafbaren, vor dem Obersten Gerichtshof prozessierten Handlung sind, denn nur in diesem Fall hätte man die Hypothese eines Verbrechens, das der Rechtssprechung dieses Gerichtshofes in einer einzigen Instanz unterstellt ist und zwar als Folge des Vorrechts, das die in den Buchstaben „b“ und „c“, Absatz I des Artikels 102 der Verfassung genannten Personen bei der Auswahl des Forums genießen. Hierzu gehören natürlich auch die Mitbeklagten, die aufgrund bindender Kraft diesem Zuständigkeitsbereich unterstehen. Unangebracht ist dies im Fall eines „Habeas Corpus“-Verfahrens gegen die konzessive Entscheidung einer Auslieferung, da dieser Prozess unter die alleinige Rechtssprechung dieses Gerichtshofes fällt, jedoch nicht als Gegenstand ein Verbrechen hat, das zu seinem Zuständigkeitsbereich in einer einzigen Instanz gehört“.

⁸ Oder gegen irgendeine Kommission der Legislativen Häuser des Nationalkongresses.

⁹ Die zwischen dem Bund und den Bundesländern oder die zwischen den einzelnen Bundesländern bestehenden Konflikte waren und sind Thema der Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes. Diese Angelegenheit kann im Bereich heteronomer Freistellungen entstehen, wenn man beispielsweise über Steuervergünstigung diskutiert, die von einer nicht über die Ermächtigung der Besteuerung verfügenden Körperschaft erteilt wurde und zwar nach dem Vorbild einer vom Bund eventuell erteilten

- g) die Fälle und Konflikte zwischen dem Bund und den Bundesstaaten, dem Bund und dem Bundesdistrikt oder die Organstreitigkeiten, zu denen auch die indirekten Verwaltungseinrichtungen gehören;
- h) das von einer ausländischen Nation eingereichte Auslieferungsgesuch (vgl. dazu *Zur Nichtauslieferung eines Brasilianers und zur Nichtauslieferung eines Ausländers wegen politischer Vergehen oder Meinungsäußerung*);
- i) die Forderung nach Bewahrung seiner eigenen Kompetenz und Sicherstellung der Autorität seiner Entscheidungen;
- j) die Klagen, an denen alle Richteramtsträger direkt oder indirekt interessiert sind, wie auch die Klagen, zu denen über die Hälfte der Mitglieder des ursprünglichen Gerichtshofes keinen Zugang haben oder an denen sie direkt oder indirekt interessiert sind;
- k) die Zuständigkeitskonflikte zwischen dem Obersten Gerichtshof und irgendwelchen anderen Gerichten, zwischen den Oberen Gerichtshöfen untereinander oder zwischen diesen und irgendeinem anderen Gericht;
- l) die Klagen gegen den Nationalen Justizrat (CNJ) und gegen den Nationalrat der Staatsanwaltschaft (CNMP)¹⁰.

Vergünstigung in Bezug auf die Gemeindesteuer. Im Hinblick auf den zwischen Bundesländern bestehenden Steuerkonflikt hat man als allgemein anerkannt, dass der „von privater Seite her erhobene Zweifel über das von zwei Bundesländern in Anspruch genommene Recht der Besteuerung keinen Streitfall im erstinstanzlichen Kompetenzbereich des Obersten Gerichtshofes darstellt“ (Súmula/STF Nr. 517).

Der föderative Konflikt geht über die Streitigkeiten zwischen den Bundesländern hinaus und kann in indirekter Weise festgestellt werden. Der Oberste Gerichtshof hat bereits verstanden, „dass ein von einem Bundesland vorgeschlagener Prozess gegen ein Indirektes Verwaltungsorgan eines anderen Bundeslandes im Grunde genommen als ein föderativer Konflikt charakterisiert werden kann. Die erstinstanzliche Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofes wird auf der Grundlage des Artikels 102,i, f der Verfassung bestätigt (Rcl 1.061, Berichterstatter Octavio Gallotti, DJ 20.2.2004).

¹⁰ Die gegen den CNMP erhobene Klage wurde vom Tribunal nicht als gut durchdachte Popularklage anerkannt. Die Mehrheit seiner Mitglieder hatte sich für die damit beabsichtigte Nichtigkeitserklärung einer Entscheidung ausgesprochen, durch die der Zeitraum verlängert worden war, den man den Mitgliedern der Staatsanwaltschaft gewährte, die in einem anderen öffentlichen Amt tätig waren, damit sie zu ihren ursprünglichen Organen zurückkehrten. Man verstand, dass sich die von der Verfassungsnovelle 45/2004 dem Obersten Gerichtshof zuerkannte Kompetenz, das Urteil bei Klagen gegen den CNJ und den CBMP zu fällen, auf Klagen gegen die Gesamtheit des jeweiligen Rates bezog und nicht auf jene Prozesse, in denen die persönliche Verantwortlichkeit des einen Rates oder mehrerer Räte in Frage stand. Der CNMP, da keine juristische Person, sondern ein dem Bund angeschlossenes Organ, wäre nicht legitimiert, dem passiven Pol innerhalb der prozessualen Beziehung der Popularklage anzugehören (Gesetz 4.417/65, Art. 6, § 3 – Gesetz zur Popularklage). Betrachtet man die dem CNMP gegenüber abgegebene Erwähnung in Bezug auf die Klageerhebung gegen den Bund als gültig, dann wäre die passive Streitgenossenschaft aller physischen Personen unerlässlich, die sich in Ausübung ihrer Funktionen in der Gesamtkammer darum beworben hätten, den Akt zu praktizieren. Petition 3674/DF, Berichterstatter Sepúlveda Pertence, j. 4.10.2006, Informativo 443.

Dem Obersten Gerichtshof wurde durch den geltenden Verfassungstext ebenfalls die Befugnis erteilt, ordentliche und außerordentliche Berufungen zu beurteilen. Zulässig als ordentliche Berufung sind

- a) das Habeas-Corpus-Verfahren, das „Mandado de Segurança, das Habeas-Data-Verfahren und das „Mandado de Injunção“, die alle von den Oberen Gerichtshöfen in einziger Instanz entschieden werden, falls diese Klagen abgelehnt wurden;
- b) politische Verbrechen, bei denen die erstinstanzliche Bundesjustiz das Urteil fällt¹¹.

Dem Obersten Gerichtshof steht über den Weg einer außerordentlichen Berufung die Lösung der in einer einzigen oder in letzter Instanz entschiedenen Fälle zu, wenn die angefochtene Entscheidung

- a) einer Bestimmung der Verfassung widerspricht,
- b) die Verfassungswidrigkeit eines Bundesabkommens oder -gesetzes erklärt,
- c) ein Gesetz oder einen Akt der lokalen Regierung für gültig beurteilt, obwohl es verfassungswidrig ist;
- d) ein lokales Gesetz, das gegen ein Bundesgesetz verstößt, als gültig betrachtet. Diese letztgenannte Hypothese - Absatz *d* - ergibt sich aus der Verfassungsnovelle 45/04.

Gleichermaßen hervorzuheben ist ebenso, dass der Oberste Gerichtshof zur Entscheidung von gegen Handlungen eines Oberen Gerichtshofes oder gegen Autoritäten und Angestellte angestregte Habeas Corpus-Verfahren befugt ist, wenn diese Handlungen der Gerichtsbarkeit direkt der Rechtsprechung des Obersten

¹¹ Beim Urteil des RC Nr. 1.468 drückte sich der STF folgendermaßen aus: „die Verfassung von 1969 verlieh der Militärjustiz die Ermächtigung, Verbrechen gegen die Staatssicherheit abzuurteilen (Art. 129 und sein § 1); in der Verfassung von 1988 wurde diese Bezeichnung jedoch durch die des politischen Verbrechens ersetzt, und die Urteilsbefähigung oblag nicht mehr der Militärjustiz (Art. 125 und sein Einzelparagraph), sondern ging an die Bundesjustiz über (Art. 109, IV,3.). Wird jemand in erster Instanz wegen politischen Delikts verurteilt, so ist dieser Gerichtshof für die Appellationsüberprüfung zuständig, auch wenn er das Gesetz der Sicherheit als nicht anwendbar anerkennt. VORZUG: 1. Da die Verfassung keine Definition bezüglich eines politischen Verbrechens gibt, steht dies dem Interpreten angesichts des konkreten Falles und des geltenden Gesetzes zu. 2. Erst dann besteht ein politisches Verbrechen, wenn die Voraussetzungen des Artikels 2 des Nationalen Sicherheitsgesetzes (LSN / Gesetz Nr. 7.170/82) gegeben sind, zu dem die des Artikels 1 dazugehören: wenn die Stofflichkeit des Verhaltens der nationalen Souveränität wirklich oder potentiell schadet oder sie der Gefahr einer Verletzung aussetzt und zwar so, dass eine politische Motivation beigegeben werden muss, auch wenn das Verhalten im Art. 12 des LSN typisiert wurde. Präzedenzfälle.“ (RC gemäß 1.468/RJ. Berichterstatter für den Richterspruch der zweiten oder dritten Instanz Maurício Corrêa, DJ 16.8.2000; vgl.ebenfalls HC 78.855/RJ, DJ 26.5.2000 und HC 74.782/RJ, DJ 27.6.1997, beide dargelegt von Ilmar Galvão; HC 73.451/RJ, Berichterstatter Maurício Corrêa, DJ 6.7.1997.

Über politische Verbrechen vgl. *Zur Nichtauslieferung von Brazilianern und zur Nichtauslieferung von Ausländern wegen politischer Verbrechen oder Meinung* im Kapitel *Fundamentale Rechte judikativen Charakters und die im Prozess gewährten verfassungsmäßigen Garantien.*

Gerichtshofes unterliegen, im Fall der ordentlichen Berufung bei einem Habeas Corpus-Verfahren, die sich in ein erstinstanzliches Habeas Corpus verwandeln kann – gegen die Entscheidungen der Oberen Justizbehörde.

Von nicht zu leugnendem politischen Gewicht und großer juristischer Bedeutung ist die Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofes bei der Bearbeitung und Entscheidung von direkten Verfassungswidrigkeitsklagen, Klagen auf Feststellung der Verfassungsmäßigkeit, Klage wegen Nichtbefolgung einer fundamentalen Vorschrift, der direkten Verfassungswidrigkeitsklage wegen Unterlassung und des *Mandado de Injunção*. Zusammen mit der außerordentlichen Berufung bilden diese Verfahren gegenwärtig den Kern des Kontrollsystems der Verfassungsmäßigkeit und der Legitimität von Gesetzen oder normativen Handlungen, sowie der Kontrolle verfassungswidriger Unterlassungen.

Die Verfassung hat die *interventive Feststellungsklage* beibehalten, die darauf hinausläuft, die Vereinbarkeit des bundesstaatlichen Rechts mit den sog. sensiblen Prinzipien¹² zu überprüfen (Verfassung, Art. 34, VII, i.V.m. Art. 36, III). Dieser Prozess bildet die Voraussetzung für die föderalistische Intervention, die, gemäß Art. 36, III und § 1 der Verfassung, vom Präsidenten der Republik durchzuführen ist. Traditionsgemäß ist der Oberste Gerichtshof für die Entscheidung über die Ursachen und Konflikte zwischen dem Bund und den Bundesstaaten, dem Bund und dem Bundesdistrikt oder den Bundesstaaten untereinander zuständig (Art. 102, I, f).

2.2. Konkrete Normenkontrolle

2.2.1 Der Oberste Gerichtshof und die außerordentliche Berufung

Die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit oder Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes kann in irgendeinem Verfahren erfolgen, für das der Oberste Gerichtshof ursprünglich zuständig ist. In den meisten Fällen erfolgt jedoch diese Feststellung im Rahmen der Bearbeitung von außerordentlichen Berufungen.

Die außerordentliche Berufung ist ein verfassungsprozessrechtliches Instrument, das die Feststellung einer bei einer richterlichen Entscheidung in letzter oder einziger Instanz erfolgten Missachtung der Verfassung sicherstellen soll (Verfassung, Art. 102, III, *a bis d*).

Bis zum Inkrafttreten der Verfassung von 1988 war die außerordentliche Berufung – auch im Hinblick auf das Kriterium der Quantität - das wichtigste Kompetenzverfahren des Obersten Gerichtshofes.¹³ Unter der vorherigen Verfassung war die außerordentliche Berufung nicht nur bestimmt, die verfassungsmäßige Ordnung zu

¹² Die Verfassung von 1988 hat in die sogenannten „sensiblen Prinzipien“ Veränderungen eingeführt. Statt der langen Aufzählung, wie sie die Verfassung von 1967/69 enthielt, beschränkte sich der Verfassungsgeber darauf, die folgenden Prinzipien ausdrücklich zu benennen: a) republikanische Form, repräsentatives System und demokratisches Regime; b) Menschenrechte; c) kommunale Autonomie; d) direkte und indirekte Abrechnung der öffentlichen Verwaltung (Verfassung, Art. 34, VII, *a bis d*).

¹³ Allein im Jahr 1986 wurden 4.124 außerordentliche Berufungen eingelegt (vgl. diesbezüglich CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil* (Der Oberste Gerichtshof, Verfassungsgericht Brasiliens), S.38-9).

schützen, sondern auch die Ordnung des Bundesrechts, sodass eine Anfechtung eine direkte Missachtung gegenüber der Verfassung und auch gegenüber dem föderalistischen Recht geltend machen konnte.

Dieser nach dem amerikanischen Modell *writ of error*¹⁴ entwickelte außergewöhnliche Rechtsbehelf, der auf dem Wege der Verfassung von 1891 mit ihrem Art.59, § 1, *a* in die brasilianische Verfassungsordnung eingeführt wurde, kann seitens der Verfahrensbeteiligten¹⁵ eingelegt werden, und zwar im Falle einer direkten Verfassungsverletzung, der Verfassungswidrigkeitserklärung von Abkommen oder Bundesgesetzen oder der Verfassungsmäßigkeitserklärung eines bundesstaatlichen Gesetzes, das unter Berufung auf die Bundesverfassung (CF, Art. 102, III, *a, b* und *c*) ausdrücklich angefochten worden ist. Mit der Verfassungsnovelle 45/2004 wurde die außerordentliche Berufung zugelassen, wenn der Berufungsbescheid Gesetz oder Akt der örtlichen Regierung im Hinblick auf die Verfassung (CF, Art. 102, III, *d*) als gültig beurteilt.

An dieser Stelle ist es angebracht zu bemerken, dass die zahlenmäßige Auswucherung der außerordentlichen Berufungen, die sich bereits beim vorherigen Modell abgezeichnet hatte, unter der Verfassung von 1988 zugenommen hat. Obgleich die These zutrifft, dass dem direkten System Vorrang oder Primat zukommt, ist es ebenso richtig, dass sich diese Überlastung des Obersten Gerichtshofs genau seit 1988 verschärft. Mit der schwindelerregenden Zunahme der außerordentlichen Berufungen (und der zusätzlichen Belastungen hinsichtlich der vorgebrachten Rechtsmittel gegen abschlägige Entscheidungen dieser Berufungen) äußert sich diese Krise im *diffusen System* in radikaler Weise.

Allerdings ist dies keine neue Frage, wie der ehemalige Präsident des obersten Gerichtshofs Moreira Alves bemerkt:

„Die Krise des Obersten Gerichtshofes, von der man früher sprach, war in Wirklichkeit weit mehr die Krise der Außerordentlichen Berufung, denn die Multiplikation der jährlich eingehenden Fälle entwickelte sich von einer arithmetischen zu einer fast schon geometrischen Progression, so dass der Oberste Gerichtshof allmählich gewisse Initiativen ergriff, um zu versuchen, dem sich vorwärts drängenden Marsch dieser Zahlen Einhalt zu gebieten, um seine Arbeit als Oberstes Gericht, als letztinstanzliches Gericht des Bundes, sicherzustellen. Werfen wir also einen Blick auf die Vergangenheit, so werden wir feststellen, dass mit einer Reihe von Vorkehrungen, seien diese nun legislativer Natur, Rechtssprechungskonstruktionen, Verfassungsnovellen oder sogar verfassungsgebende Maßnahmen, versucht wurde, die hoheitliche Funktion des Bundesgerichtshofs beizubehalten und damit folglich nicht von der Lawine von Berufungen und Prozessen begraben zu werden, von denen sich ja viele auf unwichtige Fragen beziehen, wenn man sie mit den gewaltigen verfassungsrechtlichen Problemen des Bundes vergleicht.“¹⁶

¹⁴ *Writ of error* wurde im amerikanischen Recht durch *appeal* ersetzt (vgl. diesbezüglich HALLER, Walter, *Supreme Court und Politik in den USA*. Bern, 1972, S. 105)

¹⁵ Die außerordentlichen wie auch andersgeartete Berufungen können ebenfalls von Drittgeschädigten eingelegt werden (CPC, Art. 499).

¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário (Judikative Gewalt), In: *Revista dos Tribunais*, Jahrgang 5, Nr. 18, S. 269, Jan./März 1997.

Die nachfolgende Tabelle demonstriert diese „zahlenmäßige Krise“, wenn man berücksichtigt, dass 95% der laufenden Verfahren mit außerordentlichen Berufungen zusammenhängen.

**Oberster Gerichtshof
von 1980 bis 2006**

Jahr	Zahl der eingegangenen Verfahren	Jahr	Zahl der eingegangenen Verfahren
1980	9.555	1994	24.295
1981	12.494	1995	27.743
1982	13.648	1996	28.134
1983	14.668	1997	36.490
1984	16.386	1998	52.636
1985	18.206	1999	68.369
1986	22.514	2000	105.307
1987	20.430	2001	110.771
1988	21.328	2002	160.453
1989	14.721	2003	87.186*
1990	18.564	2004	83.667
1991	18.438	2005	95.212
1992	27.447	2006	127.535
1993	24.377	2007	119.333

Quelle: Jahresberichte und Sekretariat für Informatik des Obersten Gerichtshofes

* Der 2003 zu beobachtende Rückgang ergibt sich sicherlich aus den im Bereich der Bundesverwaltung ergriffenen Maßnahmen, sowie aus der letztinstanzlichen Entscheidung der durch den inflationären Zyklus verursachten Probleme.

Moreira Alves betrachtete das Problem, das die *Krise der Außerordentlichen* kennzeichnet, in historischer Perspektive und erinnerte an die in diesem Zusammenhang getroffenen Vorkehrungen. An erster Stelle mussten alle Entscheidungen, welche die Einreichung von Außerordentlichen Berufungen zuließen (oder nicht zuließen), auf eine solide Basis gestellt werden¹⁷. Anschließend ging man zum Gebrauch der sogenannten *Súmula* über (einer für verschiedene, ähnliche Fälle angefertigten systematischen Zusammenstellung). Allerdings „(...) *reichten diese Erfahrungen nicht aus, weshalb der Oberste Gerichtshof selbst ein Instrument für seine Geschäftsordnung – die Gesetzeskraft hatte - erschaffen musste, das in unserer Rechtsgeschichte unter der Bezeichnung Relevanzprüfung einer Föderativen Frage*¹⁸ bekannt ist“.

Dies Erklärung erklärt jedoch nicht zureichend die unter der Verfassung von 1988 festgestellte numerische Explosion.

¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário (Judikative Gewalt). In: *Revista dos Tribunais*, S.270.

¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário (Judikative Gewalt). In: *Revista dos Tribunais*, S.271.

Zutreffend ist, dass der massive Anwuchs der Berufungen in den homogenen Rechtsfällen ein entscheidender Faktor dieser Krise ist. Die in bestimmten Zeiträumen geführten Diskussionen über Wirtschaftspläne, über das Finanzsystem im Wohnungsbau, über den Garantiefonds für geleistete Dienstjahre (FGTS) oder über Ausgleichsindikatoren der Bundessozialversicherung (INSS) können mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit das starke Anwachsen von Nachfragen erklären, besonders in einem Modell, das jeden Rechtsstreit als einzigartigen Prozess ansieht.

Das Fehlen eines minimal objektiven Mechanismus, um diese massenweise auftretenden Fälle zu lösen, führt dazu, dass eine wahre Lawine von Prozessen über ein einziges Thema auf dem Wege der außerordentlichen Berufung bis zum Obersten Gerichtshof gelangt.

(Die „zahlenmäßige Krise“ hat sich nur deshalb nicht verschärft, weil die neuen Verfahrensgesetze etabliert haben, dass die (neue und wiederholte) Fälle individuell durch jeden Richter (einzelrichterliche Entscheidung) mit Anwendung des Präzedenzprinzips entschieden werden könnten.)

2.2.2 Außerordentliche Berufungen und ihre allgemeine Relevanz für die Verfassungsfrage (*Repercussão Geral*)

Im Rahmen der durch die Verfassungsnovelle Nr. 45 von 2004 implementierten Reform der Judikative wurde der Art. 102, § 3 der Verfassung dahingehend geändert, dass man das neue Institut der allgemeinen Relevanz aufnahm und zwar mit dem offenkundigen Ziel, das Problem der „zahlenmäßigen Krise“ der außerordentlichen Berufung zu lösen.

Die genannte Verfassungsbestimmung schreibt nun vor, dass *„der Berufungskläger die allgemeine Relevanz jener Verfassungsfragen in der von ihm beantragten Berufung aufzeigen muss, die im Einklang mit dem Gesetz diskutiert wurden, denn auf diese Weise wird das Gericht die Akzeptanz der Berufung untersuchen können, wobei eine Ablehnung nur mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit seiner Mitglieder möglich ist“*.

Die Reglementierung dieses verfassungsmäßigen Rechtsmittels erfolgte durch das kürzlich verabschiedete Gesetz Nr. 11.418 vom 19. Dezember 2006, das Art. 543 der Zivilprozessordnung dahingehend abgeändert hat: *„ [...] der Oberste Gerichtshof [wird] in einer nichtberufungsfähigen Entscheidung die außerordentliche Berufung nicht anerkennen, falls die darin abgehandelte verfassungsrechtliche Frage keine allgemeine Relevanz hat“*.

Es handelt sich um eine bedeutsame Veränderung innerhalb der außerordentlichen Berufung, deren Zulassung von der Beurteilung des Gerichtshofs hinsichtlich der allgemeinen Relevanz der darin behandelten verfassungsrechtlichen Frage abhängt.

Aufgrund dieser gesetzlichen Innovation wird zum Zweck der allgemeinen Relevanz in Betracht gezogen, ob wichtige wirtschaftliche, politische, soziale oder juristische Probleme, die *über die subjektiven Interessen des Falles hinausgehen müssen*, vorliegen. Gleichfalls wird es immer dann eine allgemeine Relevanz geben, wenn die Berufung eine Entscheidung anfecht, die sich der zusammenfassenden Version

(„Súmula“) oder der dominierenden Rechtsprechung des Gerichts widersetzt (Art. 543-A, § 3). Es besteht also kein Zweifel, dass sich durch die Übernahme dieses neuen Instituts die objektive Gestaltung der außerordentlichen Berufung maximal verbessern dürfte.

In dieser Hinsicht ist das Gesetz auch dazu übergegangen, dem Gerichtshof bei dessen Analyse über das Vorhandensein einer allgemeinen Relevanz die Hinzuziehung Dritter zu gewähren (*amici curiae*).

Wenn also das Gericht das Vorhandensein einer allgemeinen Relevanz nicht anerkennt, dann wird sich diese Entscheidung auf sämtliche Berufungen gleicher Thematik erstrecken, die in einstweiliger Verfügung einen abschlägigen Bescheid erhalten.

Um die Lawine der Prozesse aufzuhalten, die dem Obersten Gerichtshof zugehen, können die Gerichte der Herkunftsorte eine oder mehrere Berufungen auswählen, die für die jeweilige Meinungsverschiedenheit repräsentativ sind, und sie - und nur diese - dem Obersten Gerichtshof zustellen, während man die anderen einbehält. Wird keine allgemeine Relevanz festgestellt, so werden die einbehaltenen Berufungen automatisch als nicht angenommen betrachtet. Liegt aber andererseits diese allgemeine Relevanz vor und wird der Tatbestand einer außerordentlichen Berufung anerkannt, so werden die Gerichte der Herkunftsorte die einbehaltenen Prozesse bewerten und können sie als benachteiligt erklären oder sie widerrufen (Art. 543-B, §§ 2 und 3).

Der Oberste Gerichtshof hat unlängst die Veränderungen in seiner Geschäftsordnung zur Implementierung dieses neuen Instituts befürwortet. Es ist interessant festzuhalten, dass der gesamte Vorgang des Verfahrens und des Urteils in Bezug auf die allgemeine Relevanz außerordentlicher Berufungen voll und ganz auf elektronischem Wege im weltweit benutzten Computernetz durchgeführt werden wird (Gesetz Nr. 11.419/2006)¹⁹. Im Einvernehmen mit der internen Geschäftsordnung des Gerichts wird der Berichterstatter der Berufung auf elektronischem Wege den übrigen Richtern seine Ansicht über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer allgemeinen Relevanz unterbreiten. Nach Empfang dieser Darlegung des Berichterstatters werden ihm auch die anderen Richter auf elektronischem Weg ihre eigene Stellungnahme zur Frage der allgemeinen Relevanz übermitteln.

In dem Maße, als mit der neuen Bestimmung hinsichtlich der allgemeinen Relevanz außerordentlicher Berufungen versucht wird, sowohl die große Anzahl der beim Gericht eingehenden Prozesse drastisch zu reduzieren, als auch den Gegenstand der Urteile zu verfassungsrechtlichen Fragen objektiver Art einzuschränken, öffnen sich mit dieser neuen Forderung vielversprechende Perspektiven zur Verfassungsrechtsprechung in Brasilien, insbesondere für den Obersten Gerichtshof und die Übernahme seiner eigentlichen Rolle als Verfassungsgericht.

¹⁹ Die Informatisierung des Vorgangs und der Beurteilung außerordentlicher Berufungen wurde durch die Veröffentlichung des Gesetzes Nr. 11.419 vom 19. Dezember 2006 möglich, das den Einsatz elektronischer Mittel bei der Übertragung von Prozessen, einzelnen Dokumenten und der Kommunikation von Prozessakten reguliert, wodurch der brasilianische judikative Prozess eine weitere Erneuerung erfahren hat. Gemäß diesem Gesetz „können die Organe der Judikative elektronische Systeme zur Verarbeitung judikativer Klagen mittels totalen oder teilweise digitalen Akten entwickeln, wobei sie vorzugsweise an das Weltcomputernetz angeschlossen sind und Zugang zu internen und externen Netzen haben“ (Art. 8).

2.3 Die Leitsatzbindung (*Súmula Vinculante*)

Seit 1963 bringt der Oberste Gerichtshof die sogenannten *Súmulas* heraus, d.h. konsolidierte Orientierungen der Rechtsprechung, deren Ziel darin besteht, diesem Gerichtshof selbst und auch den übrigen Gerichten die vorherrschende Auffassung des Obersten Gerichtshofs in bestimmten, summarisch zu sehenden Angelegenheiten darzulegen. Bis zum Jahr 2007 wurden 735 *Súmulas* veröffentlicht.

Über den Sinn der *Súmulas* äußerte sich ihr wichtigster Verfechter und ehemaliger Präsident des Obersten Gerichtshofes, Victor Nunes Leal, folgendermaßen:

„Die Rechtsprechung der Súmula ist für die anderen Gerichte und Richter zwar nicht obligatorisch, ist es jedoch indirekt für die Prozessbeteiligten, denn der jeweils Interessierte wird sie anhand des Vorgehens bei Berufungen beobachten können, solange diese Rechtsprechung vom Obersten Gerichtshof selbst nicht geändert worden ist. Was diese betrifft, so funktioniert die Súmula wie ein Instrument der Selbstdisziplin und begünstigt in hohem Grad die Vereinfachung der Arbeiten, was, um das gleiche Resultat zu erlangen, beim Versuch mit anderen Mitteln nicht machbar oder beeinträchtigend wäre.

Das Prestige, mit dem wir die Súmula ausstatten konnten – und das dem Restatement der Nordamerikaner fehlt – hat nichts mit zufälliger Inspiration oder freier Imagination zu tun. Die Wurzeln dieser Formel liegen einmal in der bereits aufgegebenen portugiesisch-brasilianischen Tradition der Sitze im „Casa da Suplicação“ (Haus der Bittgesuche) und zum anderen in der modernen legislativen Erfahrung der Präjudizierten“²⁰.

Es wird also ersichtlich, dass die *Súmula* des Obersten Gerichtshofes, die in den Sitzen des Hauses der Bittgesuche wurzelt, mit offiziellem Charakter aufersteht und mit einem indirekt obligatorischem Profil ausgestattet ist. Auf die Berufungen bezogen, stellt sie ein Instrument der Selbstdisziplin des Obersten Gerichtshofes dar, und dieser kann nur in ausdrücklicher und begründeter Form von der Orientierung abweichen, auf die dieses Instrument verweist.

Mit der Verfassungsnovelle Nr. 45/2004 wurde der Oberste Gerichtshof ermächtigt, die sogenannte „bindende *Súmula*“ herauszugeben. Gemäß Art. 103-A der Verfassung muss diese *Súmula* von der Zweidrittelmehrheit der Stimmen des Obersten Gerichtshofes (acht Stimmen) angenommen worden sein, und sie muss sich auf einen verfassungsrechtlichen Themenbereich beziehen, der wiederholte Male Gegenstand von Entscheidungen des Gerichts gewesen ist. Die Verfassungsnorm verdeutlicht, dass der *Súmula* die Aufgabe zufallen wird, eine derzeit bestehende Kontroverse zu überwinden, die sich auf Gültigkeit, Interpretation und Wirksamkeit bestimmter Normen bezieht, die somit in der Lage ist, Rechtsunsicherheit und eine Multiplikation von Prozessen hervorzurufen. Einbezogen sind folglich die aktuellen Fragen zur

²⁰ LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da Súmula do STF (Vergangenheit und Zukunft der Súmula des Obersten Gerichtshofes)*. In: Idem. *Problemas de Direito Público e outros Problemas (Probleme des öffentlichen Rechts und andere Probleme)*. Brasília: Justizministerium, 1997, S. 279-300.

Deutung von Verfassungsnormen oder dieser angesichts verfassungswidriger unterverfassungsrechtlicher Normen.

Angesichts des breiten Rahmens der Zuständigkeiten des Obersten Gerichtshofes können sich diese Normen sowohl auf den Bund als auch auf die Bundesstaaten oder Gemeinden beziehen. Es ist jedoch möglich, dass die Frage einzig und allein die Deutung der Verfassung einbezieht und nicht deren eventuellen Unterschied zu anderen außerhalb der Verfassung liegenden Normen. In diesen Fällen, die im allgemeinen dem Gericht mit dem Argument unterbreitet werden, dass es sich dabei um eine direkte Verfassungswidrigkeit handelt (Art. 103, III, *a*), diskutiert man die von den rechtsprechenden Organen vertretene Auslegung der Verfassung.

Eine andere Voraussetzung zur Herausgabe der verbindlichen *Súmula* besteht darin, dass es bereits vorher zu wiederholten Entscheidungen über ein verfassungsrechtliches Thema gekommen sein muss. Hierbei verlangt man, dass die in der *Súmula* zu behandelnde Angelegenheit vorher Gegenstand von Debatten und Diskussionen im Obersten Gerichtshof gewesen ist. Mit der Wiederholung von Entscheidungen wird ein Reifeprozess der umstrittenen Frage angestrebt. So wird die Möglichkeit unterbunden, eine verbindliche *Súmula* auf der Grundlage einer isolierten richterlichen Entscheidung zu veröffentlichen, da die verbindliche *Súmula* eine bestimmte Rechtsprechung des Gerichts widerspiegeln muss. Gleiche Urteile, die man zu wiederholten Malen gefällt hat, widerspiegeln also die gleiche Auslegung.

Im Gegensatz zu den im objektiven Prozess durchgeführten Vorgängen beruht die verbindliche *Súmula* im Prinzip auf getroffenen Entscheidungen über konkrete Fälle und gemäß der Inzidenzmodell, in dem nicht selten auch die Forderung nach einer allgemeinen Lösung enthalten ist. Die *Súmula* kann erst dann herausgegeben werden, nachdem das Plenum des Obersten Gerichtshofes die Entscheidung getroffen hat oder nach wiederholten Entscheidungen der Kammern.

Derartige Voraussetzungen führen schließlich dazu, den eigentlichen Inhalt der verbindlichen *Súmulas* zu bestimmen. In der Regel erfolgt deren Formulierung auf der Grundlage von in großen Mengen vorliegenden oder homogenen prozessrechtlichen Fragen, wobei sozial-, verwaltungs-, steuer- und selbst prozessrechtliche Materien betroffen sind, die alle einer Vereinheitlichung und Standardisierung unterworfen werden könnten. Im Einklang mit § 2 des Art. 103 A der Verfassung können Befürwortung, Durchsicht und Aufhebung der *Súmula* von den hierzu Befugten ausgelöst werden und zwar mit der Erhebung der direkten Verfassungswidrigkeitsklage, ohne dass es dazu kommt, gesetzlich festgelegte Bestimmungen zu beeinträchtigen.

Auf diese Weise wurde der Gesetzgeber ermächtigt, den Kreis der hierzu Befugten zu erweitern. Mit dem Gesetz Nr. 11.417 vom 19. Dezember 2006 regelte man die diesbezügliche verfassungsrechtliche Vorschrift und legte den Umfang der Befugten folgendermaßen fest: I – der Präsident der Republik; II – das Präsidium des Senats; III – das Präsidium der Abgeordnetenkammer; IV – der Bundesgeneralstaatsanwalt; V – der Bundesrat der brasilianischen Anwaltskammer; VI – der Pflichtverteidiger des Bundes; VII – die politische Partei, die im Nationalkongress vertreten ist; VIII – der Gewerkschaftsverband oder eine landesweit agierender Berufsverband; IX – das Präsidium der bundesstaatlichen Parlamente oder der Stadtrat des Bundesdistrikts; X – der Gouverneur des Bundesstaates oder des Bundesdistrikts; XI – Obere Gerichte,

Bundesstaatliche Gerichte oder Gerichte des Bundesdistrikts und der Territorien, die Regionalen Arbeitsgerichte, die Regionalen Wahlgerichte sowie die Militärgerichte. Darüberhinaus bestimmt das Gesetz, dass die Gemeinde legitimiert ist, die Herausgabe, Durchsicht oder Aufhebung der verbindlichen *Súmula* während des Prozessverlaufs, an dem sie beteiligt ist, vorzuschlagen.

Aufgrund ihres bindenden Charakters und ihrer „Gesetzeskraft“ im Hinblick auf die Judikative und die Verwaltung macht es sich erforderlich, dass die bindenden *Súmulas* im Bundesanzeiger veröffentlicht werden. Damit versucht man, alle Adressaten, die sie befolgen müssen, in angemessener Weise in Kenntnis zu setzen.

Wenn also die *Súmula* veröffentlicht ist und eine judikative Entscheidung oder ein administratives Verfahren ihr zuwiderhandelt, ihre Gültigkeit verweigert oder sie ungebührlich anwendet, ist eine *Beschwerde* an den Obersten Gerichtshof angebracht und zwar ohne Beeinträchtigung von Berufungen oder anderen zulässigen Mitteln der Anfechtung (Art. 7 des Gesetzes Nr. 11.419/2006).

Wie die Verfassungsnovelle Nr. 45/04 festlegt, kann die Veröffentlichung, die Aufhebung oder die Durchsicht der *Súmula* anhand einer Zwei-Drittel-Entscheidung der Mitglieder des Obersten Gerichtshofes, durch amtliches Schreiben oder auf Initiative der bereits erwähnten Befugten (Art. 103-A, *caput* und § 2) festgestellt werden.

Darüberhinaus sollte man hervorheben, dass beim Vorgang der Veröffentlichung, Durchsicht oder Aufhebung der verbindlichen *Súmula* - laut Gesetz Nr. 11.417/2006 - auch eine Intervention Dritter (*amici curiae*) zulässig ist.

Wie es bereits im Rahmen der konzentrierten Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit (Gesetz Nr. 9.868/99) erlaubt ist, kann das Gericht unter Berücksichtigung der Rechtssicherheit oder aufgrund eines außerordentlichen öffentlichen Interesses und vermittelt einer Zwei-Drittel-Entscheidung seiner Mitglieder (acht Richter) die bindenden Auswirkungen der *Súmula* einschränken oder entscheiden, dass sie nur zu einem späteren Zeitpunkt wirksam wird.

Die Möglichkeit einer Revision oder Aufhebung der *Súmula* ist von äußerster Relevanz, wenn man bedenkt, dass es zur Natur der Gesellschaft selbst und zur Natur des Rechts gehört, sich ständig zu verändern. In diesem Sinne ist es unerlässlich, dass die Aussicht besteht, verbindliche *Súmulas* abzuändern, damit man sie an diese Erfordernisse, auch praktischer Art, anpassen kann. Doch so wie die Aufnahme einer verbindlichen *Súmula* nicht von heute auf morgen erfolgt, da verlangt wird, dass ihr Inhalt Gegenstand mehrmaliger Entscheidungen hinsichtlich der jeweiligen Angelegenheit gewesen ist, erfordert auch ihre Ab- oder Veränderung eine sorgfältige Diskussion.

Es liegt auf der Hand, dass die Behauptung nicht zutrifft, die verbindliche *Súmula* würde sich jenen Veränderungen in den Weg stellen, die sich aufgrund von Forderungen der Gesellschaft und der Rechtsordnung selbst ergeben. Man bedenke nur, dass ja in der Verfassung die Revision und Aufhebung der *Súmulas* vorgesehen ist. Außerdem erhält der eventuelle Antragsteller durch die Revision der *Súmula* weitaus bessere Gelegenheiten zur Überwindung der konsolidierten Judikatur als dies durch das

System der massenweise vorliegenden Berufungen geschieht, auf die man mit den heute in den Gerichten existierenden ebenfalls massifizierten Formeln antwortet.

2.4. Abstrakte Normenkontrolle

2.4.1. Direkte Klage auf Verfassungswidrigkeit und Klage auf Feststellung der Verfassungsmäßigkeit

Die Verfassung von 1988 hat mit der Schaffung der direkten Klage auf Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder eines normativen Aktes eines Bundeslandes oder des Bundes (Verfassung, Art. 102, I, „a“, i.V.m. Art. 103) die große Veränderung im Bereich der abstrakten Normenkontrolle ermöglicht.

Zwar hat die intensive Diskussion über das Monopol der Klage seitens des Bundesgeneralstaatsanwalts im Kontext der Verfassung von 1967/69 zu keiner Veränderung der konsolidierten Judikatur in dieser Angelegenheit geführt, doch lässt sich unschwer erkennen, dass diese Diskussion entscheidend dazu beigetragen hat, dass es zu einer bedeutenden Erweiterung des Rechts auf eine direkte Klageerhebung kam, näherhin durch die vom Verfassungsgeber 1988 eingeführten Veränderung.

Die Verfassung sicherte dem Bundesgeneralstaatsanwalt das Recht zu, Klage wegen Verfassungswidrigkeit zu erheben. Dieser ist jedoch nur eines der verschiedenen Organe oder Körperschaften, die zur Einreichung einer direkten Klage auf Verfassungswidrigkeit legitimiert sind.

Nach Art. 103 der Verfassung von 1988 sind zur Einreichung einer Verfassungswidrigkeitsklage der Präsident der Republik, das Präsidium des Senats, das Präsidium der Abgeordnetenkammer, das Präsidium eines bundesstaatlichen Parlaments, der Gouverneur des Bundesstaates, der Bundesgeneralstaatsanwalt, der Bundesrat der brasilianischen Anwaltskammer, eine politische Partei, die im Nationalkongress vertreten ist, die Gewerkschaftsverbände oder die landesweit wirkenden Berufsverbände legitimiert.

Mit der Einführung dieses Systems der abstrakten Normenkontrolle, mit einer weitgefassten Befugnis und vor allem mit dem diversen Organen der Gesellschaft zugestandenem Recht auf Klageeinreichung hat der Verfassungsgeber die abstrakte Normenkontrolle in der brasilianischen Rechtsordnung als besonderes Instrument der *Korrektur* des allgemeinen inzidenten Systems zu stärken versucht.

Andererseits hat sich jedoch genauso deutlich herausgestellt, dass die der abstrakten Kontrolle zugebilligte weitreichende Befugnis und damit die unvermeidliche Möglichkeit, irgendeine verfassungsrechtliche Frage dem Obersten Gerichtshof vorzulegen, eine bedeutsame, aber auch unerwünschte Veränderung im bis dahin in Brasilien geltenden Modell zur Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit bewirkt hat.

Das dem Bundesgeneralstaatsanwalt zugestandene Monopol der Klage im System von 1967/69 hat keine tiefgreifende Veränderung am inzidenten oder diffusen Modell ausgelöst. Es blieb auch weiterhin vorherrschend, wobei die Repräsentation der Verfassungswidrigkeit sich ihm wie ein unterstützendes Element integrierte, das sehr

wenig dazu beitrug, es von den übrigen „diffusen“ oder „inzidenten“ Kontrollsystemen der Verfassungsmäßigkeit zu unterscheiden.

Auf diese Weise hat die Verfassung von 1988 die Bedeutung eingeschränkt, die man der Kontrolle der inzidenten oder diffusen Verfassungsmäßigkeit beimaß, indem sie die Legitimation zur Erhebung der direkten Klage auf Verfassungswidrigkeit (Bundesverfassung, Art. 103) markant erweiterte und damit erlaubte, dass praktisch alle relevanten verfassungsrechtlichen Kontroversen anhand eines Prozesses der abstrakten Normenkontrolle dem Obersten Gerichtshof unterbreitet würden.

Die Verfassungsnovelle Nr. 3 vom 17. März 1993 disziplinierte das Institut der *Klage auf Feststellung der Verfassungsmäßigkeit*, das im Rahmen einer Notreform des Steuerwesens in das brasilianische Kontrollsystem der Verfassungsmäßigkeit eingeführt worden war. Mit der Verfassungsnovelle Nr. 3 wurde die Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofes dahingehend bestätigt, dass die Klage auf Feststellung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes oder eines normativen Bundesaktes von ihm entschieden werden kann. Die endgültige Entscheidung der Begründetheit der Klage sollte sich auf alle auswirkende und bindende Wirkung gegenüber den anderen Organen der Exekutive und Judikative entfalten. Mit aktiver Legitimität wurden der Präsident der Republik, das Präsidium des Senats, das Präsidium der Abgeordnetenkammer und der Bundesgeneralstaatsanwalt ausgestattet.

Die vom Brasilianischen Richterverband ausgelöste Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit der Novelle wurde mit dem Urteil der ADC Nr. 1 beigelegt²¹.

Die Verfassungsnovelle Nr. 45 von 2004 korrigierte das restriktive Modell der Novelle 3/93 teilweise und legte fest, dass sowohl die ADC- als auch die ADIN-Befugten die gleichen zu sein hätten. Allerdings besteht auch weiterhin eine Abgrenzung im Hinblick auf den Gegenstand, der dem Bundesrecht vorbehalten ist und jetzt als Entwurf einer Verfassungsnovelle im Nationalkongress den Instanzenweg geht.

Die abstrakte Normenkontrolle wird jedenfalls von nun an sowohl über die ADIN als auch über die Klage auf Feststellung der Verfassungsmäßigkeit²² ausgeübt, wobei die erstgenannte mit Abstand die relevanteste Klage im System der Normenkontrolle der Verfassungsmäßigkeit darstellt.

2.4.2 Die abstrakte Normenkontrolle, die Außenberechtigung und die *Amici Curiae*

Obwohl eine Intervention von Dritten in der abstrakten Normenkontrolle unzulässig ist, kann der Berichterstatter mittels einer nicht berufungsfähigen Anordnung das Gesuch von Interessenten entgegennehmen, die als *amici curiae* tätig sein sollen. In diesem Falle muss der Eingriff während des Zeitraums der Informationen erfolgen.

Hier ist zu unterstreichen, dass der Oberste Gerichtshof in einem Mehrheitsbeschluss die Ordnungsfrage bezüglich des Urteils der Klagen ADI 2.675-PE

²¹ Vgl. ADC 1/DF, Berichterstatter Moreira Alves, Pleno, DJ 16.6.95

²² Am 16.8.2006 registrierte das Anklageverfahren des Obersten Gerichtshofes die ADI Nr. 3.777.

und 2.777-SP dahingehend löste, ausnahmsweise die Möglichkeit einzuräumen, Dritte hinzuzuziehen, die als *amici curiae*²³ im abstrakten Normenkontrollprozess ihre mündlichen Aussagen bekräftigen sollten.

Diese neue Orientierung, die zwar den vorherigen Fällen zuwiderhandelte²⁴, scheint zutreffend zu sein, da sie in spezifischen Fällen ermöglicht, das Anweisungsvorgehen bei der direkten Klage auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch neue Argumente und verschiedenartige Interpretationsalternativen der Verfassung zu begründen.

Dies scheint zumindest der Geist zu sein, den die im Schlussteil des Art. 7, § 2 des Gesetzes Nr. 9.868/99 enthaltene Norm ausstrahlt. Diese Verfügung wurde allerdings auf den vorhergehenden Paragraphen - § 1²⁵ - übertragen, gegen den der Präsident der Republik jedoch sein Veto einlegte.

Der Oberste Gerichtshof war und ist stets darum bemüht, die Mechanismen zur Eröffnung verfassungsrechtlicher Prozesse einer stets größer werdenden Pluralität von Akteuren zu vervollkommen. Das Gesetz Nr. 9.868/99 räumt ihm in seinem Art. 7, § 2 ein, dass er anderen Organen oder Körperschaften das Eingreifen in den Prozess gewährt. Die so genannten *amici curiae* können sich auf diesem Wege über die zur Debatte stehende Verfassungsfrage äußern.

Dieses Modell setzt nicht nur die Möglichkeit voraus, dass sich der Gerichtshof aller technischen Elemente bedient, die zur Einschätzung der Legitimität des in Frage kommenden Aktes zur Verfügung stehen. Es sichert auch interessierten Drittpersonen ein umfassendes Recht der Teilnahme zu.

Die so genannten *amici curiae* sind gegenwärtig weitgehend an der abstrakten Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit beteiligt und stellen grundlegende Elemente im Interpretationsprozess der Verfassung seitens des Obersten Gerichtshofes dar.

Man kann also behaupten, dass die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit heute ein Verfahrensmodell anwendet, das Alternativen und Bedingungen anbietet, mit denen die Interferenz einer Vielzahl von Akteuren, Argumenten und Gesichtspunkten im verfassungsrechtlichen Prozess in stets intensiverem Maß vonstatten geht.

Neben der Intervention des *amicus curiae* erlaubt das Gesetz Nr. 9.868/99 (Art. 9), dass der Oberste Gerichtshof im Falle der Dringlichkeit der Klärung einer Angelegenheit oder eines Tatbestandes um zusätzliche Informationen ersucht, Sachbearbeiter oder eine Expertenkommission ernennt, damit diese über die betreffende

²³ ADI-QO 2.675-PE, Berichterstatter Minister Carlos Velloso, und ADI-QO 2.777-SP, Berichterstatter Minister Cezar Peluso, beide Klagen wurden am 27.11.2003 beurteilt. Vgl. auch ADI 2.548/PR, Berichterstatter Gilmar Mendes, *DJ* vom 15.6.2007

²⁴ ADI-MC 2.321-DF Berichterstatter Minister Celso de Mello, *DJ* vom 31.10.2000; ADI-MC 2.130-SC, Berichterstatter Minister Celso de Mello, *DJ* vom 2.2.2001; ADI 2.223, Berichterstatter Minister Marco Aurélio, *DJ* vom 26.10.2001.

²⁵ Im § 1 des Art. 7 des Gesetzes Nr. 9.868/99 heißt es: „Die übrigen im § 2 erwähnten Titelträger können sich über den Gegenstand der Klage schriftlich äußern und darum ersuchen, dass die als nützlich angesehenen Dokumente zusammengetragen werden, damit man sie im Zeitraum der Informationen untersucht, sie können daneben auch Rechtsschriften vorlegen“.

Frage Gutachten ausstellen oder öffentliche Anhörungen durchführen, um die Aussagen erfahrener und sachkundiger Personen festzuhalten.

Das Gericht hat diese Mechanismen der Erschließung neuer Verfahrensweisen bisher weitgehend eingesetzt, wobei besonderer Nachdruck auf öffentliche Anhörungen gelegt wird. Zur Debatte stand kürzlich die direkte Klage auf Verfassungswidrigkeit Nr. 3.510/DF, deren polemisches Thema die wissenschaftliche Forschung mit menschlichen Embryos ist. Im Falle der *amici curiae* hat das Gericht bereits das Recht dieser Organe oder Körperschaften auf mündliche Aussagen zur Unterstützung der Urteile anerkannt, was vorher dem Rechtsanwalt des Antragstellers, dem Generalanwalt des Bundes und der Staatsanwaltschaft vorbehalten war.

Mit dieser neuen Realität wird nicht nur angestrebt, dass Akteure, die am verfassungsrechtlichen Normenkontrollsystem interessiert sind, in weitgehendem Maß Zugang und Teilnahme erhalten, sondern dass das Verfassungsgericht wirklich in der Lage ist, bei der Einschätzung der Legitimität eines bestimmten, in Frage stehenden Aktes die verschiedenen Perspektiven zu beurteilen.

Es besteht kein Zweifel, dass die Öffnung des verfassungsrechtlichen Prozesses in Brasilien von der Rechtstheorie Peter Häberles stark beeinflusst worden ist. Einen besonderen Beitrag lieferte hierzu sein ins Portugiesische übersetzte Werk *„Konstitutionelle Hermeneutik: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten – ein Beitrag zur pluralistischen und Verfahrensinterpretation der Verfassung“*²⁶

Auf diese Weise ist die *„Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt“* nicht zu leugnen; sie bildet die Voraussetzung der eigentlichen Verfassungsinterpretation. Denn der Prozess der Erkenntnis schließt die integrierte Untersuchung faktischer und rechtlicher Elemente ein.²⁷

Wenn es im Kontrollprozess der Verfassungsmäßigkeit unvermeidlich ist, legislative Fakten und Prognosen festzustellen, dann ist es möglich, die Notwendigkeit zur Übernahme eines Verfahrensmodells zu erkennen, das dem Gericht ausreichende Bedingungen verschafft, um gemäß dieses Verfahrens vorzugehen.

Es ist folglich richtig, dass der Gerichtshof bei der Ausübung seiner Funktionen als Verfassungsgericht seine Befugnis – und hier vor allem den Schutz der Grundrechte angesichts der gesetzlichen Entscheidung – nicht mit dem Argument vernachlässigen darf, ihm würden die adäquaten Beweismittel zur Untersuchung des Sachgebiets nicht zur Verfügung stehen.

Natürlich ist eine derartige offene Verfahrensformel für den Obersten Gerichtshof ein ausgezeichnetes Informationsinstrument.

²⁶ Häberle, Peter. *Konstitutionelle Hermeneutik: „Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten – ein Beitrag zur pluralistischen und Verfahrensinterpretation der Verfassung“*, übersetzt von Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

²⁷ MAHRENHOLZ, Ernst Gottfried, Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht, in: Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst, Ehrung zum 70. Geburtstag von Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, S. 53(54).

Es besteht kein Zweifel, dass der Teilnahme verschiedenartiger Gruppen an Rechtsprechungsprozessen, die für die gesamte Gesellschaft von großer Bedeutung sind, im Rechtsstaat eine extrem relevante Integrationsfunktion zukommt.

Beim Zugriff auf diese Pluralität von Ansichten, über die ständig diskutiert wird, kann der Oberste Gerichtshof mit Vergünstigungen rechnen, die sich aus technischen Subsidien, politisch-juristischen Folgen sowie Elementen wirtschaftlicher Auswirkung ergeben, denn dies alles könnte von den „Freunden des Gerichts“ präsentiert werden.

Eine derartige verfassungsrechtliche Erneuerung führt mit Sicherheit neben der Qualitätsverbesserung der richterlichen Dienstleistungen zu neuen Möglichkeiten der Legitimation der Urteile des Gerichtshofs im Rahmen seiner essentiellen Aufgabe eines Hüters der Verfassung.

Abschließend sei hervorgehoben, dass die Hinzuziehung von *amici curiae* dem verfassungsrechtlichen Prozess ein differenziertes Kolorit gibt, ihm einen pluralistischen und offenen Charakter verleiht, was im demokratischen Rechtsstaat für die Anerkennung von Rechten und die Verwirklichung verfassungsrechtlicher Garantien ausschlaggebend ist.

Es ist noch hervorzuheben, dass das Gericht die Teilnahme von *amici curiae* auch an den sogenannten konkreten Normenkontrollverfahren zugelassen hat. Mit der Einführung des Erfordernis einer generellen Bedeutsamkeit (?) für außerordentliche Berufungen durch die Verfassungsnovelle 45/2005 ist die Teilnahme von *amici curiae* an Verfahren, die vielen anderen gleichen, fast obligatorisch.

2.5. Klage gegen Nichtbefolgung einer Fundamentalen Vorschrift (ADPF)

Wie bereits hervorgehoben, haben die im brasilianischen Kontrollsystem der Verfassungsmäßigkeit eingetretenen Veränderungen die Beziehung zwischen dem *konzentrierten* und dem *diffusen* Kontrollsystem radikal umgestaltet. Die Erweiterung des Rechts, die direkte Klage zu erheben und die Klage auf Feststellung der Verfassungsmäßigkeit ins Leben zu rufen, führten dazu, die konzentrierte Kontrolle zum Schaden der diffusen zu verstärken.

Trotzdem ist der diffusen Kontrolle ein recht ausdrucksvoller residualer Aktionsraum verblieben, näherhin im Hinblick auf Stoffgebiete, die keiner Untersuchung innerhalb der konzentrierten Kontrolle bedürfen (direkte Auslegung der Verfassungsklauseln durch Richter und Gerichte, präkonstitutionelles Recht, verfassungsrechtliche Kontroversen über aufgehobene Normen, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit des Kommunalrechts angesichts der Bundesverfassung). Diese Fragen könnten eigentlich nur im Bereich der außerordentlichen Berufung behandelt werden, was die Unmenge derartiger vom Obersten Gerichtshof zu bearbeitenden Verfahren erklärt.

Und es ist eben dieser Raum – immun gegen die Anwendung des direkten Kontrollsystems der Verfassungsmäßigkeit –, der für die Wiederholung von Prozessen

beim Obersten Gerichtshof verantwortlich zu machen ist, wobei Verfahren einbezogen sind, die noch vor der Verabschiedung der Verfassung eingereicht worden sind. Die Idee bestand darin, dass der Oberste Gerichtshof, sobald eine Verfassungswidrigkeit festgestellt war, irgendeinem Richter oder Gericht die Anordnung geben könnte, den laufenden Prozess aufzuheben, um selbst eine exklusive Entscheidung über die anstehende Verfassungsfrage zu treffen²⁸. Allerdings nahm man dieses Institut damals nicht in die juristische Ordnung auf, aber es entbrannte darüber erneut eine Diskussion, als 1999 das Gesetz Nr. 9.882 in Kraft trat, mit dem die Klage gegen Nichtbefolgung einer fundamentalen Vorschrift (ADPF) geregelt wurde. Wer genau beobachtet, wie die ADPF an die genannte Gesetzgebung angepasst ist, wird feststellen, dass dieses Institut so, wie es reglementiert ist, eine enge Verbindung zu jenen Vorschlägen aufweist, die mit dem Vorfall der Verfassungswidrigkeit zusammenhängen, ungeachtet der sich aus der Einschränkung der Kontrollparameter ergebenden Probleme.

Die Legitimationsstruktur, die Erfordernis gerichtlicher oder rechtlicher Kontroversen zur Einleitung des Verfahrens, die Möglichkeit, dies in Bezug auf das Gemeinderecht oder das präkonstitutionelle Recht anzuwenden, ebenso wie die bindende Wirkung von Entscheidungen – dies alles verstärkt die Ähnlichkeit zwischen den genannten Instituten. Andererseits liegt es auf der Hand, dass - im Gegensatz zum Vorfall der Verfassungswidrigkeit - bei der Nichtbefolgungsklage als Kontrollparameter jene fundamentalen Vorschriften gelten, die in der Verfassung statuiert oder feststellbar sind. Hierbei handelt es sich um ein weniger präzises Element als beim Kontrollparameter für das Vorkommen der Verfassungswidrigkeit (die Verfassung in ihrer Gesamtheit).

Bis sich der Oberste Gerichtshof über die tatsächliche Reichweite des Ausdrucks „fundamentale Vorschriften“²⁹ äußert, wird also der Streit zwischen den Anhängern einer weitgefassten und offenen Auslegung des Verfassungstexts und der Wortführer einer restriktiven und geschlossenen Lektüre der Verfassung andauern. Im übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass die Nichtbefolgungsklage, wie sie im Gesetz Nr. 9.882 von 1999 formuliert wurde und von der sog. Inzidenz der Verfassungswidrigkeit abweicht, in Ausnahmefällen anwendbar ist, und zwar ebenfalls als prinzipielle Form, welche die Züge einer im brasilianischen Recht autonomen *Verfassungsbeschwerde* annimmt.

Man sollte also nicht unbemerkt lassen, dass die Klage gegen Nichtbefolgung einer fundamentalen Vorschrift unter Berücksichtigung der hervorgerufenen, noch offenen Fragen bereits bedeutende Veränderungen im brasilianischen Kontrollsystem der Verfassungsmäßigkeit hervorgerufen hat.

Erstens erlaubt sie eine Vorwegnahme von Entscheidungen über relevante verfassungsrechtliche Kontroversen und vermeidet, dass diese erst nach langen Jahren endgültig abgeschlossen werden, wenn sich viele Situationen gegenläufig zur „authentischen Auslegung“ des Obersten Gerichtshofes konsolidiert haben.

Zweitens kann sie genutzt werden, um in endgültiger Form und mit allgemeiner Wirkung relevante Kontroversen über die Legitimität des ordentlichen,

²⁸ Vgl. Bericht zur Revision der Verfassung, 1994, Bd. I, S. 317.

²⁹ Vgl. die in der Plenartagung des Gerichts vom 7.12.2005 beurteilte Diskussion über das Thema in der ADPF Nr. 33, Berichterstatter Minister Gilmar Mendes, DJ 16.12.2005.

präkonstitutionellen Rechts zu lösen – angesichts der neuen Verfassung, die bis zu diesem Zeitpunkt nur durch die Eingabe einer außerordentlichen Berufung eingesetzt werden konnte.

Drittens sei erwähnt, dass die in diesen Prozessen vom Obersten Gerichtshof getroffenen Entscheidungen – berücksichtigt man ihre Wirksamkeit *erga omnes* und ihre bindende Wirkung – die sichere Richtschnur für die Beurteilung der Legitimität oder Illegitimität von Rechtsakten gleichen Wortlauts, wie sie von den verschiedenen kommunalen Gebietskörperschaften verkündet werden, abgeben werden.

An **vierter und letzter Stelle** wäre festzuhalten, dass das neue Institut angemessene Antworten auf zwei grundlegende Problemstellungen der Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien anbieten kann: die Kontrolle der verfassungswidrigen Unterlassung und der die deklaratorische Klage auf der Ebene der Bundesstaaten und der Gemeinden.

Was die Vielfalt und den Umfang ihres Einsatzes betrifft, so lassen all diese Besonderheiten deutlich erkennen, dass die Klage gegen Nichtbefolgung einer fundamentalen Vorschrift (ADPF) der Formel der sog. Inzidenz der Verfassungswidrigkeit überlegen ist.

Im Hinblick auf diesen Gesamtkomplex habe ich wiederholt mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass die ADPF dazu geschaffen ist, das Kontrollsystem der Verfassungsmäßigkeit mit seinem relativ konzentrierten Profil im Obersten Gerichtshof zu vervollständigen, da die bis heute von der Bewertung im Zuge der abstrakten Normenkontrolle ausgeklammerten Fragen Untersuchungsgegenstand im Rahmen des neuen Verfahrens sein können.

3. Schlussfolgerung

Die Verfassung von 1988 hat die Verfassungsgerichtsbarkeit Brasiliens radikal verändert.

Mit der Erweiterung der Liste der für die Klageerhebung von ADI und ADC legitimierten Akteure – wobei zugestanden wird, dass relevante verfassungsrechtliche Kontroversen dem Obersten Gerichtshof unterbreitet werden -, mit der Gesetzeskraft *erga omnes* und der bindenden Wirkung, mit dem in diesen Prozessen die Entscheidungen versehen sind, wurden weder das *diffuse* noch das *inzidente* Modell, sondern das *konzentrierte* Modell gestärkt.

Im übrigen hat die Reglementierung der ADPF einschneidende Veränderungen in das brasilianische Kontrollsystem der Verfassungsmäßigkeit gebracht. Fragen, die im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle bisher unbeachtet blieben, können durch das neue Verfahren zum Untersuchungsgegenstand werden. Die Legitimationsstruktur dieses Instituts, die Forderung, gerichtliche oder rechtliche Kontroversen bei der Eröffnung eines Prozesses vorzulegen, die Möglichkeit, diese in Bezug auf das Gemeinderecht und das präkonstitutionelle Recht anzuwenden sowie der bindende Effekt ihrer Entscheidungen haben im Obersten Gerichtshof das Kontrollsystem der Verfassungsmäßigkeit eines relativ konzentrierten Profils perfektioniert.

Die Verfassungsgebende Versammlung von 1988 hat der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit bei Unterlassungen eine überragende Bedeutung durch die Festlegung des *Injunção*-Verfahrens und der direkten Klage auf Verfassungswidrigkeit wegen Unterlassung eingeräumt. Trotz größter Anstrengungen seitens der Rechtslehre und Rechtsprechung sind viele Fragen über verfassungswidrige Unterlassungen weiterhin offen oder scheinen noch keine angemessene Antwort gefunden zu haben. Diese Ungewissheit ergibt sich zum Teil aus der relativ jungen Entwicklung einer „Theorie verfassungswidriger Unterlassung“, deren systematisches Studium bis vor nicht langer Zeit ein Monopol der deutschen Verfassungsdogmatik war. In Brasilien kam es bis heute nur in beschränktem Maß zur Anwendung der direkten Unterlassungsklage, die allerdings unlängst eine Herausforderung geworden ist.

Eine bedeutende Innovation im Rahmen der direkten Klage auf Verfassungswidrigkeit – der wichtigsten Klage im brasilianischen Kontrollsystem der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen –, ist die Befugnis des Berichterstatters, die Aussagen anderer Organe oder Körperschaften zuzulassen, wobei die Relevanz des Themas und die Repräsentativität der Bittsteller zu berücksichtigen sind. So hat man im Kontrollprozess der Verfassungsmäßigkeit die Figur des *amicus curiae* eingeführt. Es besteht jetzt die Möglichkeit, dass der Gerichtshof die Rechtsfälle unter voller Kenntnisnahme aller Probleme und Auswirkungen entscheidet. Es handelt sich um eine Vorkehrung, die dem objektiven Verfahren der abstrakten Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit eine pluralistische Dimension verleiht.

Der Oberste Gerichtshof ging außerdem dazu über, die Beschwerde hinsichtlich der abstrakten Normenkontrolle als zulässig anzusehen, wenn das für die Verkündung des als verfassungswidrig erklärten Gesetzes verantwortliche Organ jene konkreten Akte hartnäckig fortsetzte, bei denen die für verfassungswidrig erklärte Norm als gültig angenommen worden war. Diese Rechtsprechung wurde mit der Verfassungsnovelle Nr. 45/2004 dahingehend verwirklicht, dass *„die endgültigen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes über die Begründetheit der direkten Verfassungswidrigkeitsklagen und der Klagen auf Feststellung der Verfassungsmäßigkeit gegen alle wirksam sind und bindende Wirkung für die übrigen Organe der Judikative und die direkte und indirekte öffentliche Verwaltung auf der Ebene des Bundes, der Bundesstaaten und der Gemeinden entfalten“*.

Mit der durch die Verfassungsnovelle Nr. 45/2004 eingeführten Reform der Judikative nahm man in das diffuse System das Institut der allgemeinen Relevanz auf, demzufolge *„der Berufungskläger bei der außerordentlichen Berufung die allgemeine Relevanz der Verfassungsfragen aufzeigen muss, die im Einklang mit dem Gesetz im betreffenden Fall diskutiert wurden, damit das Gericht die Zulässigkeit der Berufung untersuchen kann, wobei eine Ablehnung nur mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit seiner Mitglieder möglich ist.“* Die außerordentliche Berufung erfährt somit also eine bedeutende Veränderung: ihre Zulässigkeit unterliegt jetzt dem Kriterium der allgemeinen Relevanz. Die Übernahme dieses neuen Instituts dürfte die objektive Gestaltung der außerordentlichen Berufung optimieren.

Darüberhinaus hat das Gesetz 10.259/2001 zugelassen, dass außerordentliche Berufungen über Entscheidungen der Sondergerichtshöfe dem Obersten Gerichtshof zugestellt werden, wobei man die identische Berufungen am Ursprungsort

zurückbehielt. Im Rahmen dieses Prozesses wurde vom gleichen Gesetz die Figur des *amicus curiae* anerkannt, wodurch eine strikt subjektive Perspektive der außerordentlichen Berufung ausgeschaltet ist.

Die im Rahmen der speziellen Bundesgerichtshöfe bei außerordentlichen Berufungen angewandte Formel wurde auf die regulären außerordentlichen Berufungen ausgedehnt, deren Gegenstand wiederholte Fälle sind. Dieses neue gesetzliche Modell stellt einen Fortschritt in der uralten Vorstellung dar, die wir von der außerordentlichen Berufung haben. Das erwähnte Instrument übernimmt in entscheidender Weise die Funktion des Schutzes der objektiven Verfassungsordnung, und die Angelegenheit wurde dem Obersten Gericht zur Einschätzung unterbreitet.

Als überholt im Kontext der Bundesverfassung von 1988 zeigt sich innerhalb der sog. inzidenten Kontrolle das Institut, mit dem der Bundessenat die Beibehaltung des als verfassungswidrig beurteilten Gesetzes oder normativen Aktes aufzuheben hat.

Die Verfassungswidrigkeitserklärung *in concreto* ist ebenfalls der Wirkungsbeschränkung ausgesetzt. Die verfassungsrechtliche Grundlage dieser Beschränkung – Notwendigkeit eines anderen Prinzips, das die Nichtanwendung des Nichtigkeitsprinzips rechtfertigt – scheint nahezuzeigen, dass die restriktive Verfassungswidrigkeitserklärung, falls anwendbar, sich als umfassend im Kontrollmodell der Verfassungsgerichtsbarkeit als ein Ganzes erweist, denn in diesen Fällen stützt sich die Beseitigung des Nichtigkeitsprinzips des Gesetzes auf verfassungsrechtliche Fundamente und nicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Wenn das Verfassungssystem die restriktive Verfassungswidrigkeitserklärung innerhalb der abstrakten Kontrolle legitimiert, kann diese Entscheidung die Prozesse des konkreten oder inzidenten Normenmodells gleichermaßen beeinträchtigen. Im gegenteiligen Fall wäre inklusive eine Ausscheidung oder ein bedeutender Verlust dieser restriktiven oder beschränkten Erklärung möglich. Es scheint keinen Zweifel zu geben, dass sich die Wirkungsbeschränkung aus der gerichtlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit ergibt und sowohl auf die direkte als auch auf die inzidente Kontrolle anwendbar ist.

Kurz, die Anwendung einer offenen Verfahrensstruktur beim diffusen Kontrollprozess (Beteiligung von *amici curiae* und anderen Interessenten), das Konzept der außerordentlichen Berufung in der speziellen Form der Sondergerichtshöfe, die Anerkennung der transzendenten Wirkung im Hinblick auf die inzidente Verfassungswidrigkeitserklärung, die langsame und stufenweise erfolgende Überwindung der Formel des Bundessenats (Art. 52, X), die Eingliederung des Instituts der allgemeinen Relevanz im Rahmen der außerordentlichen Berufung sowie die *Entformalisierung* der außerordentlichen Berufung durch die Anerkennung einer möglichen offenen *causa petendi* sind Ausdrucksformen der Veränderungen, wie sie in diesem *Dialog* und *Gedankenaustausch* zwischen den Kontrollmodellen der Verfassungsgerichtsbarkeit des brasilianischen Rechts festzustellen sind. Festzustellen ist ebenfalls die eindeutige Tendenz zur Ausweitung der objektiven Gestaltung des inzidenten Kontrollprozesses.

Von der Verfassungsnovelle Nr. 45/2004 wurde letztendlich auch die so genannte verbindliche *Súmula*, also die Leitsatzbindung eingeführt, mit der eine Verknüpfung zwischen juristischen Organen und den Stellen der öffentlichen Verwaltung festgelegt ist. Das öffnet jeder Partei den Weg, sich mittels Vorlage einer Beschwerde über die

Nichtbefolgung einer juristischen Entscheidung an den Obersten Gerichtshof zu wenden. Allerdings wird die verbindliche *Súmula* nur dann effizient die Krise im Obersten Gerichtshof und den ordentlichen Instanzen reduzieren können, wenn sie in einem sozial und politisch angemessenen Zeitraum angewandt werden kann. Mit anderen Worten: zwischen dem Aufkommen der Kontroverse mit allgemeiner Relevanz und der Beschlussfassung mit verbindlicher Wirkung darf es keinen breiten Spielraum geben.

Die in Brasilien übernommenen Mechanismen, wie die bei der außerordentlichen Berufung berücksichtigte *allgemeine Relevanz*, die es dem Gericht ermöglicht, Fälle zu filtern, die von ihm wie ein *writ of certiorary* zu entscheiden sind, des weiteren die umfassende Intervention der *amici curiae* sowohl innerhalb der konzentrierten als auch der diffusen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, oder auch die nutzbringende Entwicklung der Klage gegen die Nichteinhaltung einer fundamentalen Vorschrift, die als typische Verfassungsbeschwerde auftreten kann und dem Gericht den direkten Zugang zum Schutz der Grundrechte gewährt, können das System Brasiliens anderen Modellen annähern, die im vergleichenden Recht von der Verfassungsgerichtsbarkeit angewandt werden.

Es ist nicht zu leugnen, dass die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit über ein adäquates Instrumentarium verfügt, um auf der Basis grundlegender Voraussetzungen der Demokratie und der Grundrechte die verfassungsrechtliche Kultur des Landes fortzubilden.

Dies erlaubt mir, meine sehr verehrten Damen und Herren, folgende abschließende Feststellung: Die Aussichten sind vielversprechend. Trotz ständiger Herausforderungen besitzt die Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien weitreichende Mittel, um der immensen Verantwortung, die uns die brasilianische Verfassung auferlegt, Rechnung zu tragen.

Abkürzungen und Erklärungen

RDP	Zeitschrift für Öffentliches Recht
CF	Bundesverfassung
STF. HC	Oberster Gerichtshof Hábeas Habeas Corpus
RF	Forensische Zeitschrift
MS=	
Mandado de segurança:	spezifisches Rechtsmittel zum Grundrechtsschutz, d.h. ein summarisches Verfahren zum Schutz konkret und tatsächlich verletzter oder bedrohter Rechte
Mandado de injunção:	spezifisches Rechtsmittel zum Grundrechtsschutz im Falle von einer Unterlassung des Gesetzgebers
RP	Direkte Verfassungsklage unter der Verfassung von 1967/69
AJ	Gerichtsarchiv
RE	Außerordentliche Berufung
c/c	i.V.m. (in Verbindung mit)
MDB	ehemalige Oppositionspartei während der Militärregierung
RCL (Recl)	Beschwerde mit zwei Zielen: 1. Wirkung des Gerichts gewährleisten 2. Zuständigkeit des Gerichts garantieren
RTJ	vierteljährlich erscheinende Zeitschrift der Rechtssprechung
DJ	Justizblatt
AgR	Berufung
OAB	Brasilianische Anwaltskammer
QO	Interne Ordnungsfrage
CNJ	Nationalrat der Justiz
CNMP	Nationalrat der Staatsanwaltschaft
CPC	ZPO (Zivilprozessordnung)
ADI	direkte Verfassungswidrigkeitsklage

ADC	Feststellungsklage über die Verfassungsmäßigkeit
ADPF	Klage über die Nichteinhaltung der fundamentalen Vorschrift
ADIo	direkte Verfassungswidrigkeitsklage bei Unterlassung